

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA – UFSC
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO
BACHARELADO EM DIREITO

***PUNITIVE DAMAGES* – UMA ANÁLISE DO INSTITUTO, PERSPECTIVAS E
CRÍTICA À ATUAL APLICAÇÃO**

Mark Pickersgill Walker

Orientador Rafael Peteffi da Silva

FLORIANÓPOLIS
2013

MARK PICKERSGILL WALKER

***PUNITIVE DAMAGES* – UMA ANÁLISE DO INSTITUTO, PERSPECTIVAS E
CRÍTICA À ATUAL APLICAÇÃO**

Trabalho de conclusão de curso apresentado à
Universidade Federal de Santa Catarina –
UFSC, como parte dos requisitos para
obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Rafael Peteffi da Silva

FLORIANÓPOLIS

2013

Autor: Mark Pickersgill Walker

Título: *Punitive damages* – uma análise do instituto, perspectivas e crítica à atual aplicação

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
como requisito parcial à obtenção do grau de
Bacharel em Direito pela Universidade Federal
de Santa Catarina, aprovado com ____.

Florianópolis, Santa Catarina. ____ de _____ de 2013.

Professor Orientador Dr. Rafael Peteffi da Silva

Coordenadora de Curso Mestra Juliana Wülfing

Autor: Mark Pickersgill Walker

Título: *Punitive damages* – uma análise do instituto, perspectivas e crítica à atual aplicação

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
como requisito parcial à obtenção do grau de
Bacharel em Direito pela Universidade Federal
de Santa Catarina, aprovado com ____.

Florianópolis, Santa Catarina. ____ de _____ de 2013.

Professor Orientador Dr. Rafael Peteffi da Silva

Membro da Banca Examinadora Doutoranda Daniele Pinheiro

Membro da Banca Examinadora Mestrando Lucas Carlos Lima

AGRADECIMENTOS

À minha mãe, por me aturar crescendo, pelo constante incentivo na busca de qualquer que fosse meu objetivo, e por, mesmo sozinha, ter conseguido dar uma criação firme que definitivamente serviu para moldar o meu ser. À minha família próxima, que sabem quem são, pelos mesmos incentivos.

À **Koerich**, por me permitir experimentar com meus dotes artísticos em redecorar partes de sua casa, e ainda assim ter se tornado essa amiga tão especial que, mesmo que um dia queira, eu não deixaria escapar. Também, por compartilhar do apreço pela bom sarcasmo e do humor ácido, em especial no que diz respeito...

Ao **Stefano**, pelas mútuas incomodações, provocações e ignorâncias desnecessárias à manutenção de uma amizade comum, mas necessárias à manutenção da nossa. Por enfrentar lado a lado (na maior parte dos dias, pelo menos no começo) o hostil e caótico ambiente vietnamita.

Ao **Picinin**, por me servir como um verdadeiro *role-model* em tantos aspectos e ser um exemplo de sabedoria como poucos que já tive a honra de conhecer. Por, decorrente disso, e mesmo inconscientemente, me fazer perceber meu próprio potencial, embora, no meu caso – e às vezes no seu também –, a procrastinação tantas vezes fale mais alto.

Ao **Ricken**, por comprovar que opiniões diametralmente opostas em uma centena de assuntos, a contrário do que se possa imaginar, não necessariamente significam que uma forte amizade não possa se estabelecer.

À **Haubert**, por sua natureza estrambótica (já que me roubaram o ‘escalafóbica’), e bom humor hiperbólico. Por animar, portanto, qualquer ambiente em que esteja. Ainda, para além de alguns motivos que não cabem em palavras, pela bondade e integridade de caráter, características escassas no nosso cotidiano.

À **Torres** outro exemplo de fofice ~~com certo quê de escalafobeta~~, por todo o companheirismo que, tristemente, só veio a se fazer mais corriqueiro no último semestre do curso. Também, pela cumplicidade nalgumas práticas ilegítimas em dados exames, reforçando a ideia que o bordão popular se estende, a despeito de rimas, para além da escola.

Ao **Demetri**, pelas inúmeras caronas, embora temerárias; pelas aulas perdidas no Servidores e pelas madrugadas bem aproveitadas jogando Mario Kart. Ao **Edu**, por subitamente ressurgir na minha vida, pelos anseios e medos compartilhados, e ainda por tantas *pints*

consumidas. Ao Brotto, pela incansável disposição, pela aliança sempre disposta a criticar esta cidade a que tanto devemos, e por saber perdoar (o que não significa esquecer, já que jogar na cara é um bom passatempo) alguns erros por ser dotado coração *gigante*.

Ao Lucas Lima por aceitar o convite a compor a banca examinadora, e ajudar a esclarecer uma infinidade de dúvidas quanto às ~~abstrusas~~ normas da ABNT.

Ao orientador, prof. Rafael Peteffi, por despertar inicialmente o interesse na própria ciência do direito e posteriormente no assunto específico do trabalho; ainda, quando da realização deste, por prontamente disponibilizar materiais de difícil acesso e relevar alguns (muitos) *delays*.

Aos demais *alfas*, *morcegos*, *laranjas* e *empíricos*, pelo companheirismo e amizade nessa trajetória.

À Josie, por me ensinar que uma verdadeira amizade resiste às provações do espaço e do tempo, e ainda a duas personalidades fortes, esquentadas e dispostas a discutir aos gritos por *n* motivos (por mais estupidamente *importunos* que sejam), tendo a maturidade suficiente pra entender isso como etapas naturais de algo sincero. Ao Bryan, para além de tudo pela sempre disposta parceria na exploração de uma diversidade de realidades inóspitas, e por me apresentar mídias instigantes (mesmo que, por uma – talvez única – falha de caráter, não reconheça mais a grandeza de *LOST*). Ao Fred, por compartilharmos de uma série de características como uma nerdice intelectualizada ou o (desnecessário) conhecimento de uma miríade de curiosidades (inúteis).

Ao Bruno, por (extraordinariamente) me acompanhar, de uma forma ou de outra, desde a pré-adolescência e continuar se fazendo presente, embora do outro lado do mundo.

Ao Ismael, por fazer jus à ideia balzaquiana que a parte boa da infelicidade está justamente em fazer-nos conhecer os verdadeiros amigos.

À Alice, por me reensinar o valor da inocência e da poesia no dia-a-dia.

Ao Fábio, primeiro irmão próximo, pela amizade por vezes silente, mas nunca menos verdadeira.

A todos os outros amigos que estiveram presentes nessa jornada que o bom senso e provavelmente também a ABNT me proíbem de escrever uma centena de páginas em agradecimentos individuais.

À Nathalie, *tout simplement parce que*.

A deus, por ter me feito um ateuísta.

I've long admired you...albeit only from a distance. I used to stare at you from the streets below when I was a child. I'd say to my father, "Who is that lady?" And he'd say, "That's Madam Justice." And I'd say, "Isn't she pretty."

Please don't think it was merely physical. I know you're not that sort of girl. No, I loved you as a person. As an ideal. That was a long time ago. I'm afraid there's someone else now...

"What? V! For shame! You have betrayed me for some harlot, some vain and pouting hussy with painted lips and a knowing smile!"

I, madam? I beg to differ! It was your infidelity that drove me to her arms! Ah-ha! That surprised you, didn't it? You thought I didn't know about your little fling. But I do. I know everything! Frankly, I wasn't surprised when I found out. You always did have an eye for a man in uniform.

"Uniform? Why, I'm sure I don't know what you're talking about. It was always you, V. You were the only one..."

Liar! Slut! Whore! Deny that you let him have his way with you, him with his armbands and jackboots! Well? Cat got your tongue?

Very well. So you stand revealed at last. You are no longer my justice. You are his justice now. You have bedded another. Well, two can play at that game.

"Sob! Choke! Wh-who is she, V? What is her name?"

Her name is Anarchy. And she has taught me more as a mistress than you ever did. She has taught me that justice is meaningless without freedom. She is honest. She makes no promises and breaks none. Unlike you, Jezebel. I used to wonder why you could never look me in the eye. Now I know.

So goodbye, dear lady. I would be saddened by our parting even now, save that you are no longer the woman that I once loved.

— *Alan Moore, V for Vendetta, 1982*

A aprovação da presente monografia não significará o endosso do Professor Orientador, da Banca Examinadora e da Universidade Federal de Santa Catarina a ideologia que a fundamenta ou que nela é exposta.

RESUMO

A presente monografia pretende, essencialmente, contribuir à discussão doutrinária no que diz respeito ao instituto da indenização punitiva, conhecido, em sua origem anglo-saxônica, como *punitive damages*. Conquanto muito venha se falando sobre tal instituto, o debate em nível teórico ainda se encontra numa fase um tanto incipiente. Para esse fim, o estudo divide-se em duas partes: em toda a primeira parte dedica-se a esclarecer os elementos que constituem o instituto em sua origem – detalhando-se sua definição, função, aplicação, contexto e retrospecto histórico. Já a segunda metade centra-se na análise do instituto dentro do ordenamento jurídico brasileiro – seus respaldos e óbices, uma desambiguação necessária com um instituto nacional, além de, o que constitui o cerne inovativo do trabalho, um diagnóstico detalhado de como vem se dando sua aplicação por nossos tribunais, para uma desconstrução de qualquer vestígio da ideia que esta esteja pacificada.

Palavras-chave: Punitive damages. Responsabilidade civil. Direito comparado.

ABSTRACT

This monograph essentially intends to contribute with the current doctrinal discussion regarding the institute of punitive damages, as it is known in its Anglo-Saxon origins. Although a lot has been said about such, the debate on a theoretical level is still in a somewhat incipient phase. For this purpose, the study is divided in two parts: in the entire first half, one dedicates to clarify the components of the institute itself – detailing its definition, function, use, context and historical background. The second half concentrates on the analysis of the institute in relation to Brazilian legal system – its assets and obstacles, a necessary disambiguation with another institute of Brazilian origin, and alas what is regarded as the innovative core of this study: a detailed diagnosis of how it has been used by those courts, for a deconstruction of any trace of the idea that this is somehow pacified.

Keywords: Punitive damages. Tort law. Comparative law.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	13
1 O INSTITUTO DOS <i>PUNITIVE DAMAGES</i>	16
1.1 Noções primeiras e função subjetiva	17
1.1.1 Etimologia e definição elementar	17
1.1.2 Aplicação dos punitive damages	18
1.1.3 Funções dos punitive damages	19
1.1.4 Pena privada e dicotomia Penal-Civil	24
1.1.5 Responsabilidade e mensuração	25
1.2 Enquadramento jurídico, epistemológico e fundamento moral	28
1.2.1 A <i>Law of Torts</i>	29
1.2.2 Fundamentos morais	32
1.3 Retrospecto histórico e panorama internacional.....	35
1.3.1 Inglaterra.....	35
1.3.2 Estados Unidos da América.....	41
1.3.3 Austrália	50
1.3.4 Irlanda.....	51
1.3.5 Canadá	51
2 CONTORNOS PÁTRIOS E CRÍTICA À APLICAÇÃO DO INSTITUTO	56
2.1 Os <i>punitive damages</i> e o contexto brasileiro	56
2.1.1 A pena privada e a influência anglo-americana.....	57
2.1.2 Danos morais e dinâmica evolutiva da função da responsabilidade civil	58
2.1.3 Indenização por dano moral e seu paralelo lógico com funções da aplicação da indenização punitiva	61
2.1.4 Dicotomia Direito Penal-Direito Civil	62
2.1.5 A problemática do <i>quantum</i> indenizatório, sua destinação e a vedação ao enriquecimento ilícito	64

2.2 Aplicação do instituto no Brasil	67
2.2.1 TJ-SC	70
2.2.1 TJ-RS	73
2.2.3 TJ-PR	80
2.2.4 STJ	87
2.2.5 STF	89
CONCLUSÃO.....	92
REFERÊNCIAS	94

INTRODUÇÃO

A presente monografia insere-se no âmbito do Direito Civil, eis que trata sobre instituto tradicionalmente associado à Responsabilidade Civil. Seu tema, portanto, é um estudo quanto aos *punitive damages*.

O método científico utilizado foi dedutivo, pois parte-se de uma conceituação teórica do instituto em suas mais variadas características, gerando-se premissas para então questioná-las ao defrontar-se com a aplicação deste, e extraírem-se conclusões. O método consistiu na realização de pesquisa em fontes bibliográficas (dando atenção especial à bibliografia estrangeira, em se tratando de um instituto advindo de sistema jurídico alienígena) e jurisprudenciais.

A atualidade do tema reside justamente em sua crescente utilização por nossos tribunais, sem que haja propriamente uma recepção deste ou mesmo estudos mais robustos quanto aos impactos decorrentes de tal recepção. Ademais, verificar-se-á como a aplicação em maioria dá-se de forma indevida, não seguindo os ditames procedimentais que lhe correspondem em quaisquer de suas formas nos países da *common law* na contemporaneidade. Destarte, urge atenção mais detida à caracterização detalhada da indenização punitiva e impera também necessidade de estudos quanto às consequências que uma eventual recepção própria deste para o sistema jurídico brasileiro traria vez que, em tese, há mecanismos em nosso ordenamento que cumprem função similar.

O interesse no tema foi despertado, a princípio, no curso de uma disciplina sobre tópicos avançados dentro do direito obrigacional e responsabilidade civil, onde se prestou que fossem iniciadas pesquisas sobre tópicos distintos e pouco abordados dentro do curso letivo dessas referidas disciplinas, vez que, justamente por seu caráter demasiadamente específico, não é nem mesmo possível que se dispenda tal atenção. Naquela ocasião, optou-se dentre as opções pelo tema dos *punitive damages* em geral, focando-se especialmente em como este vinha sendo colocado em prática pelos tribunais, já que há para alguns a ideia que se tratasse de algo pacificado. Com isso, motivou-se o desafio em desconstruir ou provar esse entendimento.

De início, traz-se, conforme mencionado, a caracterização do instituto dos *punitive damages* em sua origem no seio do sistema jurídico da *common law*, apresentando seu significado (tanto etimológico quanto sua função subjetiva), seus campos de aplicação, suas funções objetivas, um início à discussão da ideia de pena privada e da dicotomia existente entre as áreas do Direito Civil e Direito Penal e ainda os dois tópicos vistos como mais importantes no que tange a prática da incidência de tal indenização: a questão da culpabilidade, no sentido de quais condutas seriam indenizáveis; e da mensuração, abordando os elementos que devem ser analisados para que se determine um *quantum* indenizatório condizente com o cumprimento de suas funções.

Partindo do ponto microscópico do instituto em si, passa-se a discorrer sobre o contexto jurídico que lhe circunda: a *law of torts* e suas características dentro do direito civil estrangeiro (em especial o estadunidense, pois, como se afirmará, é o mais desenvolvido nesse sentido). Há certa similaridade, porém não equivalência, entre a *tort law* e a nossa responsabilidade civil, daí a necessidade de apresentá-la também para fins comparativos. Em seguida, vê-se os argumentos morais que sustentariam a existência e a aplicação do instituto.

Ao final do primeiro capítulo, procede-se a apresentar o retrospecto histórico do instituto mencionando seus casos mais relevantes em alguns dos países mais expressivos em aplicá-lo – justificado pelo fato que se lida com um instituto originário de um sistema jurídico fundado na casuística. Toma-se considerações sobre como então a aplicação do instituto é realizada contemporaneamente.

Já na segunda metade do estudo, o foco muda para o Brasil. Destarte, pondera-se quanto uma possível inserção do instituto em nosso sistema jurídico, e discorre-se também sobre mecanismos já existentes que cumprem funções similares. Com este fim, retoma-se primeiro a discussão quanto a ideia de pena privada e a influência dos institutos jurídicos alienígenas. A seguir, fala-se sobre os danos morais e a mudança de paradigma quanto a as funções que tais indenizações viriam a cumprir. Difere-se de maneira clara a função punitiva do dano moral dos *punitive damages*. Retoma-se a dicotomia entre Direito Penal e Direito Civil. Então, aborda-se a problemática do *quantum* indenizatório do instituto em contraponto à vedação ao enriquecimento ilícito.

Uma vez recorrido sobre tais pontos relevantes, passa-se ao momento final do trabalho: o apanhado das decisões de alguns tribunais específicos para que se possa sopesar os preceitos teóricos até então notados com a aplicação prática.

1 O INSTITUTO DOS *PUNITIVE DAMAGES*

Nos países de tradição romanística, leciona Miguel Reale (2002, p. 141-143), como é o caso do Brasil, prima-se pelo processo legislativo, atribuindo-se meramente valor secundário às demais fontes do direito. Hoje em dia tais países recebem mais comumente a denominação de civilistas, mas o sentido empregado é o mesmo: ressaltar a exacerbação da lei codificada como fonte primária do Direito.

Em contraponto, os países de tradição anglo-americana ou anglo-saxônica, inseridos na esfera da *common law*, têm “seu Direito revelado muito mais pelos usos e costumes e pela jurisdição do que pelo trabalho abstrato e genérico dos parlamentos” (REALE, 2002, p. 142). A consolidação do Direito se dá, portanto, através dos precedentes judiciais.

Levando isso em conta, pode-se traduzir parte da ideologia da responsabilidade civil brasileira no enunciado do art. 944 do nosso Código Civil: “A indenização mede-se pela extensão do dano”. A construção doutrinária corrobora em maioria com tal assertiva, como se pode perceber nos ensinamentos de Sérgio Cavalieri Filho (2010, p. 13), em sua obra Programa de Responsabilidade Civil:

O dano causado pelo ato ilícito rompe o equilíbrio jurídico-econômico anteriormente existente entre o agente e a vítima. Há uma necessidade fundamental de se restabelecer esse equilíbrio, o que se procura fazer recolocando o prejudicado no *statu quo ante*. Impera neste campo o princípio da *restitutio in integrum*, isto é, tanto quanto possível, repõe-se a vítima à situação anterior à lesão. Isso se faz através de uma indenização fixada em proporção ao dano.

Vislumbra-se, desde já, a ótica reparativa da responsabilidade civil brasileira, preocupada em compensar o fato já ocorrido, o dano, orientando-se em relação ao passado. Denuncia Andrade (2009, p. 4) que tal abordagem não mais satisfaz os anseios sociais da sociedade contemporânea, vez que uma série de mudanças no nosso paradigma (como avanços tecnológicos) veio a incrementar os riscos de acidentes, o que enseja uma mudança de visão com objetivo de prevenir antecipadamente os danos e punir condutas reprováveis.

Com efeito, mesmo os sociólogos não tardam em apontar os riscos da insegurança que cresce exponencialmente na sociedade pós-moderna (BAUMAN, 2000).

Também de acordo com Reale (2002, p.141-143), não há que se proclamar o primado desta ou daquela forma de modelo ou sistema jurídico. A prevalência de uma ou de outra depende exclusivamente de condições sociais e históricas de cada lugar. De toda sorte, o sistema da *common law*, especificamente no que diz respeito a ideia da punição de condutas excepcionalmente reprováveis, já possui uma doutrina construída historicamente, que dá título a este trabalho e passa-se a discorrer com maior propriedade.

1.1 Noções primeiras e função subjetiva

1.1.1 Etimologia e definição elementar

De acordo com a definição sucinta do dicionário jurídico Black's Law Dictionary (2009, p. 448), *punitive damages* é uma “indenização concedida adicionalmente à indenização real quando o réu agiu com negligência grave, malícia ou dolo; especificamente, uma indenização avaliada como forma de penalizar o malfeitor ou criar um exemplo aos demais”¹. Afirma ainda o dicionário que a “indenização punitiva, que pretende punir e portanto barrar condutas culposas, não é geralmente pleiteável pela quebra de contrato”.

Além do nome *punitive damages*, o instituto é também usualmente conhecido por *exemplary damages* (literalmente portanto indenização exemplar – em atenção à sua segunda característica principal), além de: *vindictive damages*, *punitory damages*, *speculative damages*, *imaginary damages*, *presumptive damages*, *added damages*, *smart money*, *punies* (Black's..., 2009, p. 448) e na Austrália como *penal damages* e *retributory damages* (ANDRADE, 2009, p. 186).

Cabe ressaltar que, ao contrário do que pode se imaginar a primeira vista, *damages* traduz-se para o português como indenização, e não como “danos” visto sua definição genérica trazida pelo mesmo dicionário: “*damages* – soma pleiteada ou outorgada a alguém a título de compensação por perda ou injúria” (Black's..., 2009, p. 445). Dano, por sua vez, é somente o vocábulo no singular: “*damage* – perda ou injúria a propriedade ou pessoa” (Black's..., 2009, p.445). Destarte, visando até mesmo tornar mais costumeira a utilização do

¹ No original: “*Damages awarded in addition to actual damages when the defendant acted with recklessness, malice, or deceit; specif., damages assessed by way of penalizing the wrongdoer or making an example to others*”

termo em língua portuguesa, e evitar as traduções adversas, sempre que possível intitular-se-á o instituto de “indenização punitiva”.

Judith Martins-Costa e Mariana Pargendler (2005, p. 16), em seu artigo crítico à aplicação deste instituto no Brasil, fazem a mesma lembrança quanto à tradução correta do nome do instituto, e elaboram em seus objetivos afirmando que se trata da

(...) soma em dinheiro conferida ao autor de uma ação indenizatória em valor expressivamente superior ao necessário à compensação do dano, tendo em vista a dupla finalidade de punição (*punishment*) e prevenção pela exemplaridade da punição (*deterrence*) opondo-se – nesse aspecto funcional – aos *compensatory damages*, que consistem no montante da indenização compatível ou equivalente ao dano causado, atribuído com o objetivo de ressarcir o prejuízo.

No julgado *Kemezy v. Peters* (EUA, 1996), o juiz Richard A. Posner reafirmou a ideia que os *punitive damages* são concedidos nos casos em que os *compensatory damages* são considerados um remédio inadequado. A corte pode então impô-los para prevenir uma compensação inferior à necessária (*underdeterred*), para revestir o pleito contra *torts* não identificáveis, e para aliviar a pressão sobre o sistema judiciário criminal.

Compensatory damages (ou também chamado de *actual damages*, *tangible damages*, e *real damages*), para contribuir com uma definição por contraste, por sua vez, como seu próprio nome alude, é uma indenização que busca a compensação; ou seja, uma indenização suficiente em quantia para indenizar o lesado pelo dano comprovadamente sofrido (Black’s..., 2009, p. 445). Destarte, guarda uma relação lógica, em seu caráter jurídico, com a ótica reparativa da responsabilidade civil brasileira, como anteriormente apresentada. O contexto aonde esses tipos de indenização se inserem – a chamada *tort law* – será melhor delimitado e apresentado no item subsequente (1.2) deste estudo.

1.1.2 Aplicação dos punitive damages

Afirma-se ainda que o deferimento da indenização punitiva só pode ocorrer após o júri determinar que um réu é responsável pelo dano sofrido pelo autor da ação e houver deferido uma quantia apropriada de indenização compensatória (OWEN, 1994 apud KAUFMAN, 2003, p. 3). São deferidos então em favor do autor e contra um réu em adição e à parte da indenização compensatória (KAUFMAN, 2003, p. 3).

Só são aplicados, também, quando o dano causado ao réu era "o efeito provável e previsível do comportamento do autor" (PRIEST, 2002 apud KAUFMAN, 2003, p. 6). Ele é aplicado, portanto, somente em casos aonde a conduta do réu é suficientemente ultrajante em sua natureza e são vistos, ao menos em teoria, como um remédio extraordinário (PRIEST, 2002 apud KAUFMAN, 2003, p. 6).

Possuindo abrangente definição, seu âmbito de aplicação contemporâneo é variado, alcançando basicamente todos os tipos de *tort*. Para enumerar algumas, dentre as mais comuns: responsabilidade pelo fato do produto, difamação, erro médico, acidentes de trânsito, ilícitos intencionais, responsabilidade de profissionais em geral, fraude, assédio sexual (ANDRADE, 2009, p. 189-196). Na análise da construção histórica e do atual panorama internacional do instituto, sob o item 1.3 deste estudo, daremos um foco mais específico a cada uma dessas áreas de aplicação, e como se deu seu desenvolvimento até que se chegasse aos seus contemporâneos termos.

1.1.3 Funções dos punitive damages

Em síntese, seu propósito reiterado por tantos autores é de punir o ofensor, e estabelecer uma sanção que sirva de exemplo para que não repita este ato lesivo, além de buscar dissuadir comportamentos similares por terceiros (KEETON, 2001 apud ANDRADE, 2009, p. 187). Compreende-se que dessa forma, estar-se-ia cumprindo um ato em prol do interesse público e social (SCHLUETER e REDDEN, 2000 apud ANDRADE, 2009, p. 187). Schlueter e Redden (apud ANDRADE, 2009, p. 187), os mesmos autores que destacam esse interesse público identificam em sua definição que, para ser cabível a aplicação da indenização punitiva, a conduta praticada deve ser notadamente ultrajante.

Kaufman (2003, p. 3) identifica esses objetivos de *punição* e *dissuasão* como os objetivos primários da indenização punitiva. Para além desses já mencionados, teríamos ainda os objetivos da *compensação*, *educação* e *policiamento*².

² No original: "*punishment*", "*deterrence*", "*compensation*", "*education*" e "*policing*", respectivamente. Desde já se esclarece que se procederá ao destaque por notas de rodapé em se tratar de termos chave e de suma importância doutrinária, ou de tradução difícil ou controvertida. Em todos os outros casos, nas citações diretas e indiretas aos autores estrangeiros, a tradução é nossa.

Passa-se então à análise mais detalhada, portanto, de cada um desses objetivos primários e secundários já introduzidos. O primeiro deles, e que dá título ao próprio instituto, é visto como possuindo uma natureza quase criminal (a bem da verdade, a ideia de pena privada e decorrente interferência da esfera penal na esfera civil é uma das grandes bases dos argumentos contrários à recepção do instituto, como se verá em seguida a estas cinco funções) e envolve a imputação de um sofrimento a um infrator pela ofensa que cometeu (SALBU, 1997 apud KAUFMAN, 2003, p. 3)

Salbu (1997 apud KAUFMAN, 2003, p. 3) explica que esta função é prevista num sentido de equilíbrio, justiça e merecimento.

Tal objetivo requer também que condutas verdadeiramente repreensivas sejam punidas mais severamente que condutas menos repreensivas. A repreensibilidade de uma conduta ou curso de ação danosos é relacionada ao estado mental daquele que estiver engajando neste ato, a duração do dano, o número de pessoas colocadas em risco e, no caso de uma empresa ser a culpada, o grau de envolvimento de funcionários do alto escalão neste ato ou curso de ação danosos (BALDUS et al, 1994 apud KAUFMAN, 2003, p. 3).

O outro objetivo principal da indenização punitiva, o da dissuasão, envolve fazer com que diminuam as chances dos ofensores repetirem tais condutas após serem punidos e, mais particularmente, desencorajar condutas futuras de mesmo caráter ofensivo pelo mesmo transgressor ou outros (SALBU, 1997 apud KAUFMAN, 2003, p. 4).

Para que a dissuasão funcione efetivamente, um ofensor potencial deve estar ciente que se ele agir com um certo tipo de conduta culposa, ele está sujeito às sanções legais respectivas. Proponentes da teoria da dissuasão no que diz respeito ao direito penal defendem que ela funciona melhor quando a punição é rápida, severa, e certa, e quando as consequências de tal comportamento estão claramente visíveis a todos os potenciais ofensores (SHUMAN, 1993 apud KAUFMAN, 2003, p. 4).

Parece provável que o objetivo da dissuasão no caso da indenização punitiva seja mais bem servido quando, similar às penalidades criminais, a indenização esteja claramente ligada e seja proporcional ao dano cometido (KAUFMAN, 2003, p. 4).

Adentrando nos objetivos secundários, diz-se que a indenização punitiva acaba por cumprir também um caráter compensatório. Um número de autoridades no assunto afirma

que uma importante função da indenização punitiva é compensar um querelante por perdas que não são comumente recuperáveis através de uma simples indenização compensatória. Isso inclui, mas não se limita aos honorários advocatícios³ ou a uma compensação em relação aos dissabores associados com o litígio⁴ (SALBU, 1997 apud KAUFMAN, 2003, p. 4).

Mesmo na Inglaterra, a indenização punitiva, como remédio extraordinário que é, era muitas vezes usada com fins de dar compensação equivalente em situações em que a regulação por algum motivo impedia a aplicação de uma indenização ordinária (COLBY, 2003 apud CALABRESI, 2005, p. 343). Afirma Calabresi (2005, p. 343) que seu intuito quando nesse sentido vinha simplesmente para cumprir a ideia de colocar a vítima numa situação de *status quo ante*.

É destacado que a importância dessa função compensatória vem diminuindo significativamente nas últimas décadas. De fato, no julgado *Cooper Industries, Inc. v. Leatherman Tool Group, Inc.* a Suprema Corte chegou a afirmar que "à medida que os tipos de indenização compensatória disponíveis aos querelantes vêm se expandindo [...] a teoria da indenização punitiva vem se deslocando em direção a um entendimento mais puramente punitivo" (KAUFMAN, 2003, p. 4).

Colby concorda com a afirmação da Suprema Corte estadunidense, afirmando que com a expansão do escopo da responsabilidade e, por sua vez, da disponibilidade de remédios ordinários através da indenização compensatória, tal razão para a aplicação da indenização punitiva estaria dissolvida (COLBY, 2003 apud CALABRESI, 2005, p. 344).

Porém, a despeito deste deslocamento, alguns estados, como Connecticut, ainda dão bastante ênfase à função compensatória da indenização punitiva (KAUFMAN, 2003, p. 5).

Calabresi (2005, p. 344) vai além, ao discordar desse posicionamento, não só mencionando localidades aonde o raciocínio ainda prevalece, como argumentando em prol dessa aplicação: afirma que há áreas específicas que mesmo com a expansão do escopo da

³ Quanto a isso, cabe a interessante ressalva que no sistema legal estadunidense não existe a figura dos honorários sucumbenciais, devendo cada parte, independentemente de bem-sucedida no litígio ou não, arcar com suas próprias custas e honorários advocatícios (tal regra é chamada *the American rule* – vide *Alyeska Pipeline Service Co. v. Wilderness Society*, 1975).

⁴ Da mesma forma que o ponto anterior, não se tem naquele sistema jurídico especificamente a figura do dano moral (ANDRADE, 2009, p. 176), existindo a figura mais genérica da “indenização não-econômica” (*non-economic damages*), de aplicação mais mitigada.

indenização compensatória continuam sem tutela. Em exemplo, as situações aonde haja apenas o dano puramente emocional ou psíquico que não derive de um dano físico permaneceriam problemáticas e carentes de remédios judiciais cabíveis, não fosse tal função compensatória inerente à indenização punitiva.

Conclui no sentido que esse caráter compensatório da indenização punitiva, no que diz respeito a sua natureza e limites, dependerá especificamente das razões pelas quais a indenização compensatória não está disponível no contexto particular e no porquê elas são desejáveis, dadas as circunstâncias especiais de cada caso (CALABRESI, 2005, p. 345).

Outra função importante destacada é a da educação, que possui grande similaridade com a função da dissuasão. Essa função educativa se cumpre ao divulgar para o público geral a existência de um direito judicialmente protegido e as consequências que resultam pela quebra absoluta das regras da sociedade. Também se cumpre esta função educativa ao tornar pública a informação de potenciais perigos como maus médicos ou produtos defeituosos (CADY, 1997 apud KAUFMAN, 2003, p. 5).

Todavia, parece lógico que a eficácia da função educacional da indenização punitiva está relacionada ao grau que o público é informado sobre os casos em que a indenização punitiva é deferida (KAUFMAN, 2003, p. 5).

Destarte, resta cristalino que para que haja um cumprimento certo dessa função, é necessário que a mídia noticie as causas sem distorcê-las, o que, sendo otimista, nem sempre acontece.

A última função notável da indenização punitiva que é muitas vezes análoga à ideia de entes privados agindo em prol do interesse público através da lei, é encorajar que indivíduos e seus advogados proponham ações contra ofensores nas situações em que sua conduta tenha sido de natureza ultrajante (KAUFMAN, 2003, p. 5).

Tal função é por sua vez intitulada por Calabresi (2005, p. 337) não simplesmente como policiamento, mas sim de forma bastante descritiva como "para que se façam cumprir normas sociais através do uso de um *District Attorney*⁵ privado", sendo uma função

⁵ *District Attorney*, ou simplesmente apelidado *DA*, é um cargo jurídico estadunidense que compreende em suas atribuições, dentre outros elementos, um caráter misto de Procurador-Geral e Promotor do Ministério Público. Opta-se pela manutenção do termo específico àquela jurisdição no original.

geralmente focada em condutas criminosas ou quase criminosas, como anteriormente destacado.

"*Private District Attorney*", por sua vez, é um termo informal corriqueiramente utilizado hoje em dia nos Estados Unidos para se referir a uma parte privada que propõe uma ação considerada de interesse público, que vem a beneficiar não só o querelante quanto o público geral. O raciocínio por traz desse princípio é prover maior incentivo para que cidadãos privados sigam em ações que venham a ter uma repercussão geral para a sociedade (*Associated Industries of New York State, Inc. v. Ickes.*, 1943)⁶.

Já que muitas significativas infrações estão além do escopo da lei penal e dos promotores públicos, o ímpeto que a indenização punitiva dá à vítima para seguir com uma ação contra a pessoa que lhe causou um dano beneficia a sociedade como um todo ao garantir que tais ações danosas sejam mais efetivamente prevenidas. Conclui-se que tal função tenha uma correlação lógica muito mais forte com a função da dissuasão, portanto (KAUFMAN, 2003, p. 5).

Lembra Calabresi (2005, p. 338) ainda que em se tratando de um objeto similar à dissuasão da lei penal, e onde as penalidades são aptas a serem severas, muitas das proteções da lei penal propriamente, e talvez até constitucionalmente, deveriam ser requisitadas. E termina afirmando como que ao servir esta função não há necessidade alguma que todo o *quantum* indenizatório vá para a parte querelante, apenas uma quantia suficiente para “atraí-la” a propor a ação (tal raciocínio é argumento inclusive em um dos pontos mais controversos na discussão sobre a recepção do instituto pelo Direito brasileiro, quando se sopesa com o princípio da vedação ao enriquecimento ilícito, como se verá na segunda metade deste trabalho).

Cumpra dizer por fim que os cinco objetivos acima elencados servem uma função classificatória de cunho exclusivamente didático-acadêmico. No contexto dinâmico do sistema legal da *common law*, não é surpresa dizer que a prática da aplicação do instituto em

⁶ Com as escusas necessárias, faz-se mister avisar que por uma questão de opção de estilo, e mesmo para clarificar a leitura e a compreensão, doravante as citações diretas ou indiretas de jurisprudências estrangeiras da *common law*, quando a íntegra ou parte dessas tiverem constituído material base do posicionamento exposto, não se darão em sua forma tradicional da ANBT – que, no caso aqui referenciado, deveria ser: “(EUA, Corte de Apelações, 1943)” – e sim em seu formato mais convencional “(Autor v. Réu, ANO)”. As referências bibliográficas ao final estarão dispostas em seu padrão nacional.

tela trouxe novas perspectivas de desígnios práticos que o instituto cumpre ou pode vir a cumprir.

1.1.4 Pena privada e dicotomia Penal-Civil

Quando se afirmou sobre o primeiro propósito, a primeira função, do instituto em questão, a que lhe intitula, lembrou-se – e também se fez posteriormente, ao analisar outros dos objetivos – que haveria o teor de uma natureza quase criminal na aplicação deste instituto ou nas condutas por ele tuteladas.

Pois justamente afirma-se que a mera *necessidade* da existência da indenização punitiva estaria demonstrada nas situações em que um ato ilícito por determinadas razões práticas ou de qualquer outra ordem não esteja tutelado na legislação penal (SCHLUETER. e REDDEN, 2000 apud ANDRADE, 2009, p; 187). Serviria então para preencher eventuais lacunas desta legislação e punir “condutas que, a despeito de sua atipicidade, merecem punição” (KIRCHER e WISEMAN, 2000 apud ANDRADE, 2009, p. 187).

Dando cor ao argumento acima, Martins-Costa e Pargendler (2005, p. 16) afirmam que uma das atrações em relação à indenização punitiva estaria justamente na ultrapassagem da cisão existente entre as esferas do direito civil e penal, introduzindo naquilo que temos no Brasil como o contexto da responsabilidade civil a ideia de uma “pena privada”.

Sobre o assunto, trazem ainda o pensamento do jurista português Antônio Pinto Monteiro (1999 apud MARTINS-COSTA e PARGENDLER, 2005, p. 25):

Efectivamente, uma das razões (senão a principal) por que a pena privada e, bem assim, os meios de coerção ao cumprimento vêm despertando um interesse crescente (...) é o da relativa ineficácia, sob o ponto de vista preventivo-sancionatório, da tutela operada pela via da indemnização (...) sendo esta um mecanismo destinado à reparação de danos, cuja determinante é, pois, o ressarcimento do lesado, a pena privada surgiria, em contraste, como medida cuja *ratio* é a imposição ao lesante de uma quantia superior ao prejuízo por si causado, em que as finalidades preventiva e de repressão ocupam o lugar central e decisivo.

(...) se é certo que a reponsabilidade civil prossegue, ainda que só mediata ou acessoriamente uma função social de dissuasão, a simples reparação do dano causado não constitui, porém, frequentemente, uma resposta eficaz de ordem preventiva, justamente por não ser esta a sua determinante.

Pois tal dicotomia perceptivelmente não é nenhum assunto novo. Há quase três décadas apontava Owen (1988, p. 705) que a combinação resultante entre a teoria e a doutrina

da legislação civil e penal havia gerado uma variedade de problemas e uma longa história de críticas concernentes à equidade e utilidade deste remédio híbrido.

1.1.5 Culpabilidade e mensuração

Nesta análise em tela das noções primeiras sobre a indenização punitiva, resta ainda discutir-se sobre dois dos aspectos centrais da doutrina que definem a sua forma: *culpabilidade* (delimitação da conduta ilícita) e *mensuração* (definição do *quantum* indenizatório)⁷ (OWEN, 1988, p. 726).

Sobre isso, Maria Celina Bodin de Moraes (2004, p. 55), em item intitulado “Complexidade dos *punitive damages* na experiência norte-americana” faz o apontamento que os impasses acerca do instituto vêm a se acentuar justamente quanto seus critérios de utilização e mais ainda no que diz respeito à determinação do *quantum* indenizatório a ser atribuído a título de punição ao transgressor.

Culpabilidade, problemática anterior a qualquer outro aspecto doutrinário, é de importância focal para o instituto da indenização punitiva. O padrão da conduta ilícita é definido de formas variadas em termos como “malícia”, “fraude”, “opressão”, conduta “ultrajante”, “indiferença consciente ou imprudente em relação aos direitos de outrem”, ou ainda como um mal comportamento *intencional e arbitrário*⁸ (GHIARDI e KIRCHER, 1988 apud OWEN, 1988, p. 727).

A deficiência comum, nesta definição ou mesmo na aplicação, é a da imprecisão. Embora possa-se afirmar que a imprecisão não é estranha, dentro do contexto da *law of torts*, todos os esforços possíveis devem ser feitos para extirpá-la do padrão da culpabilidade (OWEN, 1988, p.727).

Destaca-se, portanto, que dentre essa infinidade de definições convencionais possíveis para o padrão do comportamento ilícito, a melhor seria justamente “indiferença consciente ou imprudente em relação aos direitos de outrem”, por capturar em sua essência

⁷ No original: “*liability*” e “*measurement*”, respectivamente.

⁸ “*Willful*” e “*wanton*”, respectivamente.

todo o tipo de *má conduta*⁹ que deveria ser punida e, em tese, nada mais (OWEN, 1988, p. 728).

Dizer que tal definição é a melhor não significa, porém, dizer que ela é a ideal. E a problemática é contundente, vez que padrões de conduta ilícita tradicionalmente vagos acabariam por permitir de forma injusta que fosse deferido um valor a título de indenização punitiva em circunstâncias aonde não fossem merecidas (OWEN, 1988, p. 729).

Destarte, estipula-se que a definição poderia ser aprimorada da seguinte forma: “a indenização punitiva é apropriada para uma conduta que seja realizada com um desprezo consciente ou imprudente em relação aos diretos de outrem, *e que constitua um desvio extremo de uma conduta lícita*” (OWEN, 1988, p. 730).

O acréscimo do conceito do desvio extremo adiciona uma importante dimensão tanto para a definição da má conduta consciente quanto da má conduta imprudente. Na ponta “consciente” da definição, ele impede a punição no caso de uma transgressão deliberada, mas trivial, na qual a punição seria excessiva. Já na ponta “imprudente”, ajuda a distanciar e, por conseguinte, distinguir, uma má conduta flagrante merecedora de sanção de uma má conduta negligente que não mereça. Em poucas palavras, o acréscimo provém espaço para permitir que as pessoas cometam erros de boa-fé (OWEN, 1988, p. 730).

A imprecisão não é eliminada através desta modesta alteração da definição da conduta culposa (e, por conseguinte, do requisito genérico da aplicação do instituto jurídico), mas é apreciavelmente reduzida (OWEN, 1988, p. 731).

Uma vez determinada a responsabilidade do ofensor por uma conduta que enseje o pagamento a título de uma indenização punitiva, resta discutir como determinar a quantia¹⁰ própria a ser determinada para cumprimento de todas as funções elencadas previamente.

O *approach* mais convencional a forma desse cálculo é baseado em três fatores: “(1) a natureza e o grau da má conduta do réu; (2) a natureza e o grau do dano sofrido pelo querelante; e (3) a condição econômica do réu” (OWEN, 1988, p. 731).

Cabe destacar que essa classificação fora desenvolvida anos antes desse trabalho de Owen pelo *American Law Institute*. Esse instituto (formado por cerca de 4000 advogados,

⁹ “*Misconduct*”.

¹⁰ No original: “*measurement*”.

juízes e professores do direito) trata-se de uma organização independente que produz trabalhos acadêmicos para clarificar, modernizar e de outra forma aprimorar a aplicação do direito (AMERICAN LAW INSTITUTE, 2012). Parte de suas publicações tradicionais são as chamadas *Reformulações da Lei*¹¹, cuja segunda edição, publicada entre 1965-79, haveria lhe dado origem.

Andrade (2009, p. 298) já dentro do capítulo de sua obra que trata da aplicabilidade da indenização punitiva no direito brasileiro ratifica essa classificação, acrescentando apenas outro ponto: o lucro (atual e futuro, comprovado e presumido) auferido com o ato ilícito pelo agente.

Owen (1988, p. 732) identifica a existência de uma possível divisão dos propósitos restitutórios da indenização punitiva em quatro componentes: “(1) a restauração de todos os bens diretamente subtraídos do querelante; (2) a restituição de todos os bens dispendidos pelo querelante neste processo restitutório; (3) a restituição da liberdade subtraída do querelante; e (4) a restituição das perdas à sociedade”.

A necessidade da existência do primeiro item dar-se-ia, pois, como abordado anteriormente nas funções da indenização punitiva, embora a indenização compensatória busque ressarcir ao querelante seus bens diretamente subtraídos, várias formas de dano ainda não são compensáveis pela lei existente (OWEN, 1988, p. 732).

Isso vai diretamente contra o entendimento atual de Andrade (2009, p. 298), dentro da ótica do nosso sistema:

Não se deve perder de vista que, na fixação da indenização punitiva, não se procura compensar o lesado pelo dano sofrido. É inapropriada, pois, a introdução da finalidade compensatória como critério para a fixação do montante da indenização de caráter punitivo. Aquela finalidade é perseguida pela tradicional indenização compensatória. Em todos os passos da operação realizada para a fixação do montante da indenização punitiva impõe-se ter sempre em mente as finalidades que a conduzem: punir a conduta lesiva e prevenir novos ilícitos.

A distinção opinativa deriva, claramente, da diferença do contexto da aplicabilidade do instituto – pois, diferentemente do contexto estadunidense, no Brasil há mecanismos puramente ressarcitórios que permitem o cumprimento da compensação de maneira integral –, e não de uma discordância conceitual real.

¹¹ No original: “*Restatements of the Law*”.

Descartada de qualquer forma da questão da quantificação esta parcela facilmente mensurável do *quantum* indenizatório – delimitada pelos primeiros dois componentes dos propósitos restitutórios –, vez que se traduz no componente não avaliado a título de compensação ou meramente nos honorários advocatícios e custos do litígio, resta a árdua tarefa de caracterizar os outros dois componentes. Esses se demonstram como mais problemáticos, pois, ao contrário de seus antecessores, são altamente metafísicos e indeterminados e, portanto, incapazes de ser mensurados com base em princípios (OWEN, 1988, p. 732).

Aqui sim parece haver uma diferença conceitual entre os dois autores: enquanto Owen (1988, p. 733) expõe que uma vez que não há boa resolução para o conflito de direitos incommensuráveis (o direito da sociedade e da vítima de reparação em contraponto ao direito do ofensor de ter sua punição proporcional ao seu delito em uma mensuração pautada em princípios), uma regra arbitrária de mensuração com vistas a uma harmonização/transigência entre as partes poderia ser o *approach* menos insatisfatório, Andrade (2009, p. 297) afirma categoricamente que apesar da carga de subjetividade que lhe é inerente, a fixação do valor da indenização punitiva não deve ser uma atividade arbitrária.

Essa discordância não se restringe aos dois autores, de contextos jurídicos distintos, permeando até hoje o contexto jurídico estadunidense. É inclusive um dos objetos de discussão das polêmicas propostas de reforma da *law of torts*. Nesta senda, faz-se apenas o reconhecimento desta divergência aqui, para oportunamente abordar as perspectivas de sua solução, se alguma.

A conclusão inicial que se chega é que a definição convencional da determinação da responsabilidade – da caracterização do ato ilícito – pode ser alterada para ser menos vaga, mas o problema da mensuração própria do *quantum* indenizatório continua sendo elusivo (OWEN, 1988, p. 739).

1.2 Enquadramento jurídico, epistemológico e fundamento moral

Permita-se introduzir o contexto jurídico em que se insere o instituto que dá nome a este trabalho, no seu sistema de origem, qual seja, a *common law*.

1.2.1 A Law of Torts

Tort, literalmente traduzido como "dano", é uma espécie de *injúria ou ilícito civil*¹². A distinção entre um ato ilícito civil ou criminal depende da natureza do remédio judicial apropriado, de acordo com a lei (SALMOND, 1920, p. 1).

Primeiramente, nenhuma injúria civil pode ser classificada como um *tort* a não ser que seu remédio apropriado seja uma ação indenizatória. Em segundo lugar, nenhuma injúria civil pode ser classificada como um *tort* se esta injúria se tratar apenas de uma quebra contratual (SALMOND, 1920, p.2).

Além disso, em sua definição original, por motivos exclusivamente históricos, nenhuma injúria civil pode ser classificada como *tort* em se tratando meramente de uma quebra de confiança ou uma quebra de outra obrigação meramente equitativa. (SALMOND, 1920, p.7)

Em uma definição mais concisa, para este autor, *tort* seria então "um ato ilícito civil para qual o remédio seja uma ação indenizatória, e que não se trate exclusivamente de uma quebra de contrato/inadimplemento contratual ou uma quebra de confiança ou outra obrigação meramente equitativa" (SALMOND, 1920, p. 7).

Mesmo em se tratando de uma obra tão antiga, as definições mais modernas mantêm-se basicamente com o mesmo sentido: "falando de modo geral, um *tort* é uma infração de natureza civil, diferente do inadimplemento contratual, contra a qual a corte fornecerá um remédio sob a forma de uma ação de indenização" (KEETON, 2001 apud ANDRADE, 2009, p. 174).

Edward J. Kionka (1999 apud ANDRADE, 2009, p. 175), ressalta que algumas definições, como aparentemente a acima, deixam de fora do seu conceito a observação "não se tratar exclusivamente de um inadimplemento contratual" ou algumas vezes fraseado como "mero" inadimplemento, e isso encobre o fato de que o inadimplemento contratual pode sim ser base de ação de *tort*. Neste sentido inclusive, há pelo menos dois casos de concorrência entre o inadimplemento contratual e o *tort*, e pelo menos uma forma de concorrência fictícia (SALMOND, 1920, p. 3-5), que não cabe detalhar mais propriamente aqui por fugir completamente do tema desta monografia.

¹² No original: "*civil injury or wrong*".

Andrade (2009, p. 175) identifica como mais adequada, portanto, a definição do próprio Kionka: “uma ofensa de natureza civil, pela qual a conduta de alguém causa um dano indenizável à pessoa, à propriedade, ou a interesses legítimos de outrem, violando um dever imposto pelo direito”.

Pertinente ainda a observação deste autor que a “*tort law* é, talvez, o último bastião do *common law*. Mesmo nesta era de legislação, com a proliferação de códigos e atos uniformes, o *tort law* permanece não codificado e em grande parte não afetado pela lei” (KIONKA, 1999 apud ANDRADE, 2009, p. 175).

Porquanto uma tradução precisa é uma tarefa impossível, em se tratando de sistemas jurídicos distintos, o exercício da comparação ajuda a clarificar pontos lógicos. Nesse sentido, permita-se dizer que a *law of torts*, genericamente falando, seria uma figura análoga ao escopo do direito civil brasileiro compreendido como “responsabilidade extracontratual” (MARTINS-COSTA e PARGENDLER, 2005, p. 19).

Existem maneiras diversas de se categorizar os *torts* como basicamente qualquer outro conceito jurídico. Uma das formas mais comum, porém, parece ser a divisão em três grandes grupos: negligência, *tort* intencional e *quasi-tort* (DEAKIN et al, 2008).

Os dois principais grupos classificatórios são também nada mais que enquadramentos das duas possibilidades de conduta, por parte de um transgressor, que lhe imputam a responsabilidade pelo ato ilícito desse tipo: *intenção lesiva* ou *negligência culposa*¹³ (SALMOND, 1920, p. 8).

Negligência é o tipo padrão, dependendo da existência de uma quebra de dever de cuidado devida por uma pessoa (física ou jurídica) a outra, havendo um resultado danoso decorrente, diretamente causado pelo ato do ofensor, com causa próxima. Vale ressaltar que a negligência aqui é compreendida em seu sentido subjetivo (antagônico a ideia de uma intenção lesiva) em detrimento ao seu sentido objetivo (antagônico a ideia de um ato lesivo intencional). Nada mais é, portanto, que uma conduta desarrazoada e imprudente (DEAKIN et al, 2008; SALMOND, 1920, p. 21-27).

Os *torts* de cunho intencionais são entendidos por tal jurisprudência como atos nos quais haja uma intenção lesiva e em que o dano causado seja razoavelmente previsível

¹³ No original: “*wrongful intent*” e “*culpable negligence*”, respectivamente.

pelo indivíduo ofensor, que lhe assume os riscos ao praticar a conduta. A intenção lesiva é também chamada de “malícia”¹⁴, já referida anteriormente. O contexto das *torts* intencionais contém a maior parte dos tipos “específicos” (que recebem nome próprio) de *torts*, como: *battery*, *assault*, *false imprisonment*, *intentional infliction of emotional distress*, *trespass to land*, *trespass to chattel*, *conversion*, *defamation*, entre outros. (DEAKIN et al, 2008; SALMOND, 1920, p. 18-21).

Já *quasi-tort* é uma figura que possui definições diferenciadas, possivelmente tendo sofrido historicamente mudanças em seu significado. Salmond (1920, p. 5) equiparava-a a *tort* fictícia, e lhe identificava como uma figura já há muito desaparecida do direito da *common law*, tendo se tratado de um inadimplemento contratual com certas peculiaridades que levavam a uma confusão quanto a sua classificação real. Mais recentemente, porém, o Black’s Law Dictionary (2009, p. 1627) lhe identifica como um ilícito em que a responsabilidade recai não sobre a pessoa que diretamente o cometeu, como um empregador no caso de uma transgressão por parte de seu empregado. Estaria assim, associado a ideia da *responsabilidade pelo fato de terceiro*¹⁵, que justamente é definida como a responsabilidade de uma parte supervisora pelas condutas acionáveis por parte de um subordinado ou associado derivado, justamente, da relação jurídica entre essas partes (Black’s..., 2009, p. 998). De toda a sorte, é também a menos relevante entre as figuras, motivo pelo qual não se estenderá no esclarecimento de sua natureza real.

Partindo para uma classificação a um nível mais amplo, diferenciam-se as classes gerais de dever jurídico em duas: (1) “*strict liability*” – dever *absoluto*¹⁶ de não causar danos – quando se trata de uma atividade de risco elevado que a própria lei preveja como extremamente perigosa, como explodir dinamite; (2) “*fault liability*” – dever de não causar danos por condutas negligentes ou intencionais – quando se trata de uma atividade com um risco ordinário, como dirigir (COLEMAN e MENDLOW, 2010). Claramente, os tipos que até agora foram vistos pertencem à segunda classe.

“*Strict liability*” é portanto aquela que não depende de culpa, seja ela negligência ou dolo, mas que é pautada na quebra de um dever absoluto de manter algo seguro.

¹⁴ No original: “*Malice*”. Há uma ambiguidade com o seu sentido jurídico, porém: significa ou (1) uma transgressão intencional e consciente, ou (2) uma ação determinada por um motivo impróprio (SALMOND, 1920, p. 18).

¹⁵ “*Vicarious liability*”.

¹⁶ “*Full stop*”.

Geralmente se aplica nos casos de atividades temerárias ou responsabilidade por fato de produto (Black's..., 2009, p. 998).

Num paralelo lógico, não é difícil identificar a “*fault liability*” como figura análoga à responsabilidade subjetiva do direito pátrio e a “*strict liability*” como análoga à responsabilidade objetiva, vez que se define responsabilidade subjetiva como aquela fundada na culpa, estabelecida por um ato ilícito com elemento subjetivo da violação dos direitos de outrem e elemento objetivo de um caráter censurável – conduta culposa, traduzido por imprudência, imperícia ou negligência; e responsabilidade objetiva como a teoria nova, surgida a partir da revolução industrial e especialmente aprimorada após a massificação social, admitindo a culpa como prescindível nos casos em que haja um risco intrínseco a dada atividade, bastando aqui a existência da ação/omissão do agente, o dano sofrido pela vítima, e o nexo de causalidade entre eles (SILVA, 2010, p. 2-4).

1.2.2 Fundamentos morais

No que diz respeito à moral, David G. Owen (1988, p. 705-707), professor e teórico da *tort law*, identificando o instituto como historicamente sofrendo críticas sobre se sua aplicação seria justa ou não, e afirmando que a legitimidade legal é amplamente dependente da legitimidade moral, faz laboriosa averiguação sobre os fundamentos da indenização punitiva dentro da filosofia moral.

Pontuais ideais morais são envolvidos nessa análise: inicialmente, discorre-se sobre a liberdade e utilidade, que provém substancial apoio para a doutrina (OWEN, 1988, p. 707). Esses ideais são perpassados e iluminados, porém, por outro ideal de suma importância – a igualdade, como ficará claro.

Para os fins dessa sua análise, recapitula Owen (1988, p. 708) como Kant já identificava a liberdade como o direito fundamental mais relevante de um indivíduo.

As teorias éticas de Kant desse tipo têm teorias correspondentes de punição que provêm justificativas morais substanciais para a indenização punitiva. Tais conceitos deontológicos de punição datam do momento em que se comete um ilícito e buscam retificá-lo retributivamente ao infligir uma punição ao transgressor de acordo com seu merecimento justo (OWEN, 1988, p. 709).

Uma vez que a indenização punitiva visa punir condutas quase criminosas, a análise realizada pelo autor é feita em termos de uma metáfora baseada no roubo: o transgressor (o "ladrão") merece a punição que recebe por ter "roubado" coisas de valor, tanto do indivíduo quanto da sociedade, que devem ser devolvidas, com intuito de prevenir o injusto empobrecimento da vítima (e da sociedade) e o injusto enriquecimento do ladrão. O equilíbrio da justiça só pode ser restabelecido através de uma punição, que serviria como "restituição" do roubo (OWEN, 1988, p. 710).

A lei pode ser vista como permeando todos com uma bolha de direitos, dentro da qual cada pessoa pode agir e a qual é declarada fora dos limites para os outros no exercício de suas próprias liberdades de ação. Quando uma pessoa intencionalmente viola a bolha de direitos de outra, ela, portanto, "rouba" a autonomia da vítima. Se esses roubos de autonomia – "cruzamentos de fronteira" intencionais das zonas de direito de outras pessoas – não forem sujeitos a uma penalidade em adição a restituição dos bens subtraídos (indenização compensatória), a retificação da transação seria incompleta. Isso porque o roubo envolve duas coisas: (1) a transferência de bens da vítima ao ladrão; e (2) a conduta deliberadamente ofensiva da transferência, em violação dos direitos da vítima – a transferência ilícita da liberdade da vítima ao ladrão. A punição serve então para restaurar a igualdade da vítima em relação ao ladrão ao reduzir o valor e a liberdade do ladrão em proporção ao valor e a liberdade roubados da vítima (OWEN, 1988, p. 711).

A subtração de bens e liberdade, esse cruzamento intencional das fronteiras, também diminui o valor da comunidade. A anuência tácita da convivência em sociedade e do ulterior respeito dos direitos dos outros significa ceder seu próprio direito de violar as fronteiras das outras pessoas. Trata-se de um sacrifício recíproco que visa com que todos abram mão igualmente de uma parcela de sua liberdade externa visando maximizar sua liberdade interna. Quando isso é violado, em comparação com o ladrão, os cidadãos da sociedade que respeitam a lei são empobrecidos na mesma proporção do ganho por apropriação por parte desse transgressor. Ele não ofendeu somente a vítima, portanto, como também diminuiu o valor da sociedade. A indenização punitiva serve então para repagar os "débitos" do ofensor em relação tanto à vítima quanto a sociedade, e dessa forma restaurar o equilíbrio moral próprio (OWEN, 1988, p. 712).

Utilidade por sua vez é uma justificação moral consequencial por natureza, que avalia o conteúdo ético dos atos e dita em termos de seu caráter benéfico em relação ao bem-estar

médio ou agregado de todos os cidadãos – e o quanto este é avançado. É um princípio teleológico, que antevê os efeitos futuros dos atos. (OWEN, 1988, p. 713).

A punição pode encontrar resguardo neste princípio por sua capacidade de tornar a vítima e a sociedade mais seguras ao provê-las com um senso de confiança de que futuros ofensores serão similarmente punidos, além da noção que a punição pode, por conta própria, ter um valor educativo ao próprio ofensor (OWEN, 1988, p. 713).

Isso nada mais é do que a segunda função principal do instituto da indenização punitiva, apresentada ainda no princípio deste estudo. Aponta Owen (1988, p. 714) que a dissuasão – *deterrence* – possui base gritantemente utilitária, e, dessa forma, assim como as sanções criminais, encontra aí sua justificativa.

A capacidade real do instituto de coibir e dissuadir as condutas puníveis pode ser em geral debatível, mas, em teoria, o cumprimento dessa função deve servir ao bem-estar geral – tal ideia assume (de maneira utilitária) que a mera existência do instituto não dissuade mais boas condutas do que más, e que as transações e outros custos secundários de se atingir a dissuasão sejam excedidos pelos seus resultados benéficos (OWEN, 1988, p. 714).

Parece ser mais fácil visualizar que no âmbito da indenização meramente compensatória haja uma marcante presença da utilidade, com o fomento da maximização do bem-estar no longo prazo. A questão que surge é por que haveria de se necessitar uma figura suplementar, de caráter penal, como a indenização punitiva. A resposta está justamente na falha de muitos membros da sociedade em respeitar as normas da responsabilidade civil: já que o egoísmo é uma característica inerente em certo grau tanto nos humanos quanto nas instituições humanas, violações deliberadas (e negligentes) devem ser esperadas de tempos em tempos. Muitas violações não são descobertas ou punidas, por conta dos altos custos de transação ou outras razões, então pessoas egoístas podem racionalmente escolher maximizar seu bem-estar pessoal em detrimento do bem-estar geral. Desencorajando tais violações deliberadas, a indenização punitiva serve como um mecanismo de cumprimento das leis que promove o bem público (OWEN, 1988, p. 715).

Para além de promover a dissuasão ideal através de um *law enforcement* efetivo, a indenização punitiva tem outra função consequencialista que permeia tanto o ideal da liberdade quanto o da utilidade – a promoção da igualdade. Ao servir como um contrapeso ao custo das transações e outras causas de falha no cumprimento das leis, a indenização punitiva

tende a balancear os interesses do ator egoísta com os interesses dos outros da comunidade. Desse modo, a ameaça da indenização punitiva encoraja pessoas egoístas a darem igual respeito aos direitos dos outros (OWEN, 1988, p. 716).

1.3 Retrospecto histórico e panorama internacional

Sempre importante, no estudo de qualquer assunto concreto, dedicar um espaço para analisar o desenvolvimento do objeto em questão, de seu surgimento a sua forma contemporânea. Mais importante ainda em se tratando de um instituto jurídico pertencente a esfera da *common law* que, como previamente destacado, é detentora de uma dinâmica tal que suas formas se revelam justamente pelo processo de construção histórica. Passa-se então a esta breve análise.

Muito embora alguns estudiosos do assunto apontem que sua origem remota poderia ser rastreada para tão longe quanto a Antiguidade Clássica, no que diz respeito ao seu caráter representativo, em fontes como o Código de Hamurabi há cerca de quatro mil anos atrás, o Código Hitita de aproximadamente 1400 a.C., a Lei das XII Tábuas de aproximadamente 450 a.C., o Código de Manu de aproximadamente 200 a.C. (OWEN, 1976, p. 1280) ou até mesmo a Bíblia (SCHLUETER e REDDEN, 2000 apud ANDRADE, 2009, p. 178), restringir-se-á este apanhado a partir de sua primeira menção expressa no contexto da Inglaterra do século XVIII.

1.3.1 Inglaterra

As bases das funções que haveriam de ulteriormente se tornar a chamada indenização punitiva já vinham se delineando no contexto jurídico inglês. Pelo menos desde o século XII já havia na Inglaterra ações com escopo equivalente a pelo menos uma das pretensas funções da indenização punitiva – a exacerbação do *quantum* indenizatório, aqui através do *multiplicador*¹⁷, determinado simplesmente como uma majoração múltipla desse *quantum*. No que tange isso, a ação mais antiga que se tem relato é a de *treble damages* (indenização em triplo), prevista pelo Estatuto de Gloucester de 1278, aplicável nos casos das

¹⁷ No original: “multiplier”.

actions of waste – uma ação de natureza mista (parte real e parte pessoal) que tinha por objetivo a recuperação de uma propriedade imobiliária danificada por inquilino ou arrendatário (ANDRADE, 2009, p. 178).

Já no tocante à indenização punitiva *per se*, há um debate que perdura aos dias de hoje quanto ao primeiro caso a deferir sua aplicação, pois no mesmo ano de 1763 foram julgadas duas ações, por motivos similares que tratavam basicamente de um mesmo fato: *Huckle v. Money* e *Wilkes v. Wood*. O Secretário de Estado, Lorde Halifax, a mando da realeza, haveria emitido *mandados genéricos*¹⁸ para a apreensão de quaisquer autores, tipógrafos e editores envolvidos na publicação do número 45 de um periódico intitulado *North Briton*. A “justificativa” é que este periódico possuía um teor manifestamente contrário ao governo do rei George III. Pelo menos quarenta e nove pessoas, dentre eles os dois autores das ações referidas, foram presas (RUSTAD e KOENIG, 1993, p.1287-1288).

No primeiro caso mencionado, Huckle tratava-se de um mero tipógrafo do periódico. De acordo com os dados do caso, no período que esteve sob custódia – aproximadamente seis horas – Huckle fora bem tratado. Ainda assim, por conta do mandado genérico, ajuizou uma *action for trespass, assault and imprisonment*. O júri lhe deu ganho de causa, e estabeleceu em seu favor *exemplary damages* na soma de £300 (o que a época figurava como quase trezentas vezes o valor de seu próprio salário semanal) (ANDRADE, 2009, p. 179).

O julgador (com seu pomposo título *Lord Chief Justice*) Camden afirmou inicialmente que a lei não havia declinado qual seria a mensuração das indenizações no caso de *torts*, sendo vaga e incerta, dependendo de uma vasta variedade de causas, fatos e circunstâncias de cada caso concreto. Analisando o quão pequeno fora o dano sofrido pelo autor, afirmou também que se o júri ficasse confinado por seu juramento de considerar apenas a mera injúria pessoal sofrida, talvez £20 fosse o bastante. Porém, concluiu que o que motivou o júri em sua decisão final fora a consideração de um exercício arbitrário de poder por parte de um dos funcionários do Rei, que estaria violando a Magna Carta e ameaçando a liberdade do reino. Concordou por fim com a aplicação dos *exemplary damages*¹⁹, destacando ainda que “entrar na casa de um homem tendo pela virtude de um mandado inominado, com vistas a procurar evidências seria um dos mais ousados ataques à liberdade individual, pior do que a

¹⁸ No original: “*general warrants*”.

¹⁹ A utilização do termo *exemplary damages* por Lorde Camden compreende o primeiro uso da frase como uma doutrina legal formal (RUSTAD e KOENIG, 1993, p. 1289).

Inquisição Espanhola”, e que declarar a legalidade de tal mandado seria uma tirania. A indenização foi então mantida, e um novo julgamento negado (*Huckle v. Money*, 1763).

Já no segundo, John Wilkes era um importante membro do parlamento, de ideologia manifestamente contrária ao regente, e que, de forma anônima, encabeçava as publicações do *North Briton*. Por isso também, sua ação repercutiu mais do que a de Huckle (ANDRADE, 2009, p. 179).

Aqui, a ação ajuizada por Wilkes foi também uma *action of trespass*. Sr. Wood, o réu, era o subsecretário de Estado, que havia pessoalmente supervisionado a execução do mandado. Ele se declarou inocente, e, se o júri assim não entendesse por essa inocência, declarou subsidiariamente que possuía “justificativa especial” para seus atos. O que se debateu na Corte então é que não haveria provas concretas que Wilkes seria mesmo o autor da publicação a ser apreendida, e, mesmo que elas existissem, o método que se deu a busca em sua residência fora completamente inapropriado – de acordo com a descrição do juiz, os réus haveriam manifestado que se achavam no direito, com base em precedentes, de, portando um mandado genérico, violar o domicílio de alguém, abrir gavetas e arquivos a força, e confiscar papéis e documentos sem ao menos inventariá-los (*Wilkes v. Wood*, 1763).

O próprio julgador concluiu que se tal poder é verdadeiramente investido num Secretário de Estado, e cabe a ele delegá-lo, de sorte que alguns mensageiros possam cometer tais ações portando apenas um mandado inominado, podendo buscar onde quer que suas suspeitas recaiam, isso certamente poderia afetar o direito de propriedade de cada homem do reino, e seria totalmente subversivo com a liberdade dos sujeitos (*Wilkes v. Wood*, 1763).

Rematou ainda o *Lord Chief Justice Pratt* (*Wilkes v. Wood*, 1763) com a seguinte frase, tão importante para o ulterior desenvolvimento da doutrina da indenização punitiva:

Não obstante o que o Sr. Procurador-Geral²⁰ tenha dito, eu previamente já declarei como sendo minha opinião em outra ocasião, e continuo pensando da mesma forma, que está nas atribuições e no poder do júri dar um valor maior de indenização do que o dano sofrido pela parte. A indenização serve ao propósito não só de satisfazer à vítima, mas também de punir o culpado, de dissuadir que se incorra em condutas similares no futuro, e como forma de prova da desaprovação do júri do próprio ato.

²⁰ Cabe ressaltar que, em se tratando de uma ação que envolvia certo interesse estatal no polo passivo, o Procurador-Geral (*Solicitor-General*) Norton fez parte do conselho jurídico de defesa de Robert Wood, o réu da causa. A afirmação aí referida, possivelmente trata-se de parte do seu discurso de defesa em que afirmou “[...] que o mandado era lícito por si só. Que a autoridade do Secretário de Estado era suficientemente estabelecida. Que a indenização deveria sempre ser avaliada em função do dano sofrido. Que um júri que agisse norteado por qualquer outro princípio certamente renegava às suas atribuições” (*Wilkes v. Wood*, 1763).

Com isso, e após aparentemente mais de doze horas de julgamento (consta da ata que a Corte haveria se sentado às 9h da manhã e o veredito fora trazido apenas às 23h20) a decisão do júri de uma indenização na soma de £1000 (um valor substancial para a época, e estimadamente, mais do que dez vezes o que poderia se exagerar dos danos sofridos) foi mantida para o autor (*Wilkes v. Wood*, 1763).

Apesar de seu aparecimento histórico ter acontecido na Inglaterra, bojo central da *common law* à época, foi nos Estados Unidos da América que a doutrina ganhou primada importância e se desenvolveu para assumir os seus contornos contemporâneos descritos neste estudo nos itens antecessores. Na terra da Rainha, a doutrina manteve-se praticamente em segundo plano até meados do século XX, quando o caso *Rookes v. Barnard* (1964) veio a melhor esculpi-la em seus atributos modernos.

No caso em tela, Douglas Rookes tratava-se de um projetista empregado pela Corporação das Linhas Aéreas Ultramarinas Britânica (*British Overseas Airways Corporation* – BOAC). Ele rompeu com seu sindicato, a Associação dos Engenheiros e Projetistas de Aeronaves (*Association of Engineering and Shipbuilding Draughtsman* – AESD), após um desacordo. A BOAC e a AESD possuíam um acordo de exclusividade, e a AESD ameaçou entrar em greve a não ser que Rookes também rescindisse seu contrato de trabalho ou fosse demitido. A BOAC suspendeu Rookes e, após alguns meses, demitiu-o pagando-lhe apenas o salário proporcional a uma semana, sem aviso prévio. Rookes processou os dirigentes sindicais, incluindo o Sr. Barnard, presidente da filial, entre outros. Afirmou que era vítima de uma *intimidação danosa*²¹ e que métodos ilegítimos haviam sido utilizados para induzir a BOAC a terminar seu contrato. Alegou que a greve ameaçada seria, portanto, manifestamente ilegal (*Rookes v. Barnard*, 1964).

Rookes obteve ganho de causa na primeira instância, o que foi revertido pela Corte de Apelações. Porém, a decisão da Corte de Apelações foi também revertida pela decisão final da Câmara dos Lordes, mantendo o ganho de causa do autor em desfavor do sindicato. Em sua manifestação, Lorde Reid concluiu que o sindicato era culpado da *tort* da intimidação, sendo ilegítimo “usar uma ameaça de romper seus contratos com seu empregador como um poder de barganha para força-los a fazer algo que, embora fosse legal por si só, sabidamente causaria danos ao querelante”. Como relevante para o contexto da indenização

²¹ No original: “*tortious intimidation*”.

punitiva, e inclusive única influência duradoura²² da decisão, foi o corolário pronunciado por Lorde Devlin, que tratava justamente de quando a indenização punitiva seria cabível. Em seu entendimento, que permanece vigente no direito inglês, as únicas três situações em que seria possível que a indenização fosse punitiva seria no caso de: “(1) condutas opressivas, arbitrárias ou manifestamente inconstitucionais por parte de funcionários públicos/estatais; (2) quando a conduta do réu tiver intuito “calculado” de lhe gerar lucros; (3) quando um estatuto expressamente autorize” (*Rookes v. Barnard*, 1964).

Andrade (2009, p. 203-204), ao tratar da decisão desse caso, lembra como um dos pontos mais consequentes dela foi também distinguir a indenização punitiva da mera *indenização agravada*²³, vez que esta última é dotada de um caráter puramente compensatório. Ressalta ainda parte do discurso de Lorde Devlin, em que este aborda a já introduzida questão da dicotomia civil-penal que permeia o instituto, reconhecendo que ele se trata de uma anomalia mas que não mais poderia ser extirpada, visto como já estaria demasiado enraizada na história do Direito inglês.

O próximo caso influente a revisitar a decisão e os padrões estabelecidos pelo caso *Rookes v. Barnard* foi a apelação à decisão de uma Corte de Apelação, no caso *Cassell & Co. Ltd. v. Broome*, de 1972. A apelação decorria de duas ações consolidadas por um caso de calúnia na publicação de um livro por parte da empresa apelante. O livro, “A Destruição do Comboio PQ17”, tratava de um dos grandes desastres navais da guerra, no qual 11 das 35 embarcações mercantes da Inglaterra foram afundados enquanto a caminho da União Soviética, resultando na morte de aproximadamente 153 marinheiros e na perda de uma vasta quantidade de material de guerra. O apelado, Cap. Broome, fora quem inicialmente propôs a ação, pois se tratava à época dos acontecimentos do livro, do Comandante da Marinha Real responsável pela escolta do comboio (*Cassell & Co. Ltd. v. Broome*, 1972).

A decisão do juiz de primeiro grau, Lawton J., deferiu além de £15.000 de caráter compensatório, outros £25.000 a título de indenização exemplar (uma soma nem mesmo tão substancial), pautando-se numa análise detida das observações de Lorde Devlin sobre a utilização da doutrina no caso *Rookes v. Barnard*. As apelações subsequentes restringiram-se a discutir exatamente sobre isso. A Corte de Apelações no segundo grau deu provimento à insurreição dos réus, reformando a decisão e desafiando os princípios estabelecidos pelo caso

²² O mérito do julgamento, no que diz respeito as relações entre empregado e sindicato foi quase imediatamente nulificado por uma lei que adveio no ano seguinte: *Trade Disputes Act* de 1965 (GILFOYLE et al., 2013).

²³ No original: “*aggravated damages*”.

anterior, chegando a dizer que este teria sido decidido erroneamente pela Câmara dos Lordes e não era nem mesmo vinculante à Corte de Apelações. Em última instância, porém, a Câmara dos Lordes, em extensa decisão por parte de Lorde Hailsham, reiterou a aplicabilidade do caso *Rookes v. Barnard* indo ainda além e contribuindo na interpretação de alguns de seus dispositivos: expôs que “funcionários públicos/estatais”, termo do item (1) daquela decisão, não deveria se restringir ao sentido estrito disso, devendo se aplicar até mesmo à polícia ou em qualquer pessoa que porventura estivesse exercendo autoridade legal. Sobre o item (2), expôs que logicamente não seria necessário provar-se que o réu teria feito um cálculo aritmético do seu lucro ao cometer o ato ilícito (*Cassell & Co. Ltd. v. Broome*, 1972).

Por fim, ao menos no que diz respeito à Inglaterra, em 1993 o caso *AB v. South-West Water* acabou por restringir ainda mais o escopo da aplicação da indenização punitiva. Nele, o processo pautou-se com base em um reservatório de água contaminado por agentes químicos. O autor pleiteou tanto por uma indenização compensatória quanto punitiva. O tipo de ação específica tratava-se de uma ação por *perturbação da ordem pública*²⁴. A decisão trouxe que nunca antes esse tipo de ação havia ensejado deferimento de uma indenização de caráter punitivo. Partindo disso, acabou estabelecendo que os casos de aplicabilidade da indenização exemplar estariam restritos as causas de ação aonde tal indenização já fora deferida, anteriormente ao julgamento do caso *Rookes v. Barnard* (*AB v. South West Water Services*, 1993).

Por quase duas décadas o sistema jurídico inglês ficou então restrito, em relação à possibilidade de imposição da indenização punitiva, a esse condicionamento do rol de casos prévios a *Rookes v. Barnard*. Foi em 2001, no julgamento do caso *Kuddus v. Chief Constable of Leicestershire Constabulary* que houve uma mudança desse paradigma. No caso em tela, a ação se pautava no abuso de autoridade por parte do réu. Tanto o juiz de primeiro grau quanto a Corte de Apelações decidiram pela não procedência do pleito pela indenização punitiva, vez que abuso de autoridade não fora uma das condutas pleiteadas anteriormente ao caso *Rookes*. Em última instância, porém, a Câmara dos Lordes reviu seu posicionamento anterior nesse sentido, e decidiu que a disponibilidade da indenização punitiva não deveria ficar restrita às causas de ações existentes anteriormente a 1964, crendo tal posição como tendo sido tomada num período em que a distinção entre a indenização punitiva e a indenização agravada não era tão clara como agora. Concluíram, portanto, que o foco da admissibilidade de uma

²⁴ No original: “public nuisance”.

ação que pleiteia pela indenização punitiva não deve ser a causa da ação, e sim se as circunstâncias do caso se enquadram no rol das três categorias estabelecidos em *Rookes* (GOTANDA, 2003, p. 11-12).

Em casos posteriores, identifica-se que o que vem se estabelecendo mais e mais são duras balizas ao *quantum* indenizatório. Em suma, aparenta estar expandindo o número de ações que a indenização punitiva vem sendo concedida na Inglaterra, ao mesmo tempo que busca-se limitar os valores impostos. Na tentativa de fazer com que a indenização seja menos indeterminada, as cortes vêm direcionando mais claramente os jûris e juízes que determinam as penalidades (GOTANDA, 2003, p. 17-18).

Tal entendimento restritivo às três categorias estabelecido pelo *leading-case* *Rookes v. Barnard* e seus subsequentes não é o mesmo dos Estados Unidos, que já vinha desenvolvendo construções jurisprudências próprias sobre o tema, como se verá a seguir; e nem mesmo dos países componentes da *Commonwealth* – Canadá (como se demonstrará também mais adiante), Nova Zelândia (ANDRADE, 2009, p. 208) e Austrália (ANDRADE, 2009, p. 207), cujos sistemas jurídicos continuam de certa forma atrelados às cortes do Reino Unido, e sendo por elas ainda influenciados, embora não mais por elas restringidos (SCHLUETER e REDDEN, 2000 apud ANDRADE, 2009, p. 207).

1.3.2 Estados Unidos da América

Já do outro lado do Atlântico, não muito depois da primeira menção dos *exemplary damages* pelas cortes britânicas nos julgados *Wilkes v. Wood* e *Huckle v. Money* de 1763, houve também o reconhecimento de sua existência, permitindo então sua aplicação desde pelo menos 1784, com o caso *Genay v. Norris (Atlantic Sounding Co. Inc. v. Townsend)*, (2009).

Neste litígio, a Suprema Corte da Carolina do Sul deferiu o que chamou de *vindictive damages* (indenização vingativa) contra um médico. O querelante e o acusado, ambos já embriagados, se preparavam para resolver uma disputa com um duelo de pistolas. O réu então propôs que ele e o autor fizessem um brinde reconciliatório. O acusado então

secretamente adulterou a bebida do querelante com uma larga dose de cantáridas²⁵, lhe causando uma “dor excruciante e extrema”. A Corte então procedeu a instruir o júri que “um dano muito sério ao autor [...] lhe dava o direito de receber uma indenização exemplar, especialmente quando a atitude teria vindo por parte de um profissional, que não poderia alegar ignorância de seus atos e os efeitos fortes do remédio” (RUSTAD e KOENIG, 1993, p. 1290-1291).

Não muito tempo depois, em 1791 em Nova Jérsei, outro dos casos de origem e que vale a menção foi *Coryell v. Colbaugh*. Nele, buscando um caráter exemplar, um júri deferiu uma indenização contra um réu que havia quebrado sua promessa de casamento para com a parte autora. O juiz da causa instruiu aparentemente instruiu o júri para “não estimar a indenização em nenhuma prova em particular do sofrimento ou de dano real; mas sim dar a indenização para servir de exemplo, para prevenir tais ofensas futuras” (RUSTAD e KOENIG, 1993, p. 1291). É o exemplo de uma das aplicações históricas já superadas do instituto.

Nestes primeiros casos da aplicação da indenização punitiva nos EUA, raramente se deferiam indenizações dessa ordem em casos de grave negligência, focando-se mais em condutas intencionais e arbitrárias. A possibilidade de aplicação em casos de grave negligência, até então exceção, surgia na *responsabilidade por fato de produto*²⁶ ou em casos de produtos médicos em que a falta do cuidado devido por parte de um réu ameaçava a segurança pública. Exemplo disso, tem-se o caso *Fleet v. Hollenkemp*, de 1852, em que uma farmácia haveria entregado um remédio acidentalmente misturado com cantáridas, o que levou o júri a crer que a conduta do farmacêutico fora “uma negligência inescusável”. A corte permitiu que a indenização de U\$1.141,75 se mantivesse pois esta era uma das “classes de casos aonde a indenização exemplar pode ser deferida pelo júri” (RUSTAD e KOENIG, 1993, p. 1293).

Na mesma época, inclusive, concluía um juiz federal, no caso *Western Union Telegraph Co. v. Thompson*, de 1851 (RUSTAD e KOENIG, 1993, p. 1292):

Algumas vezes o júri, para o bem da sociedade, quando alguma ilegalidade ultrajante é cometida, pode conceder não apenas uma compensação a parte, mas ir além para o benefício do público, e dizer para os infratores: "eu vou lhe punir, e ir

²⁵ Antigo medicamento, à base do corpo torturado de um besouro de mesmo nome, utilizado geralmente com fins diuréticos ou afrodisíacos. Largas doses do produto são perigosas por conter o composto venenoso da cantaridina (CANTÁRIDA..., 2013).

²⁶ No original: “*product liability*”.

um tanto além. Vou lhe punir e lhe fazer inteligente; e, apesar da parte agredida não ter sofrido um dano dessa ordem, eu vou dar a ela uma soma adicional para o bem público".

As cortes costumavam conceder indenização punitiva contra *bullies* que oprimiam os fisicamente fracos ou socialmente impotentes. Além disso, também o concediam a querelantes do sexo feminino por casos de estupro ou assédio sexual. Havia até mesmo algumas tentativas, essas menos bem sucedidas, de utilizar o remédio para coibir a violência racial (RUSTAD e KOENIG, 1993, p. 1291-93).

Um estudioso do assunto, Charles G. Addison (1864 apud RUSTAD e KOENIG, 1993, p. 1293), em sua obra *Wrongs and Their Remedies: a Treatise on the Law of Torts*, na segunda metade do século dezenove (publicada em 1864), trazia que “as cortes concediam a indenização punitiva em casos de injúrias maliciosas e transgressões acompanhadas por insultos pessoais ou opressivos e conduta cruel”. Já Francis Hilliard (1867 apud RUSTAD e KONIG, 1993, p. 1293) ratificava que “apenas atos que contemplassem um espírito de *mischief, wantonness* ou indiferença criminoso em relação às obrigações civis ou aos direitos dos outros justificavam uma indenização exemplar”.

Não é um exagero concluir que a função histórica do instituto era servir de ferramenta para a justiça social, conceito político-moral que estaria surgindo nessa mesma época. Nas palavras dos autores ora em análise, Michael Rustad e Thomas Koenig (1993, p. 1309): “a consistente função histórica da indenização punitiva tem sido controlar os abusos dos poderosos”.

Ao final do século dezenove, porém, desloca-se o costumeiro polo passivo da doutrina de indivíduos poderosos para grandes corporações (RUSTAD e KOENIG, 1993, p. 1295). A conclusão que se chega sobre essa transição é que a concessão da indenização punitiva contra corporações não era anteriormente necessária pelo simples fato que apenas pequenos negócios existiam (RUSTAD e KONIG, 1993, p. 1309).

Rustad e Koenig (1993, p. 1295) seguem em sua análise, trazendo que até a chegada do ano 1900, após tantos debates sobre o tema, a maioria das cortes passou a aceitar a incorrência da indenização punitiva contra corporações. Um exemplo crasso da perspectiva da época sobre o tema pode ser apreendido das instruções ao júri no caso *Lake Shore & Mich. S. Ry. Co. v. Prentice*, de 1893, que expunha:

Se uma corporação pública, assim como um indivíduo, age opressivamente, arbitrariamente, [ou] abusa de seu poder, e um cidadão é de alguma forma injuriado, este cidadão, em adição à sua compensação estrita, pode ter, diz a lei, direito a algo como um *smart money*; algo como uma punição pelo uso opressivo de poder pelo réu.

O início do século vinte trouxe a indústria ferroviária figurando habitualmente dos polos passivos das ações desse tipo. Em verdade, foram envolvidas em inúmeros litígios em nome de mulheres, inválidos, crianças e outros indivíduos que sofriam opressões na mãos de condutores, carregadores e outros funcionários das vias férreas (RUSTAD e KOENIG, 1993, p. 1297). Tais ações ajudaram a sedimentar o entendimento que os atos de um funcionário, no cumprimento de seu dever, eram de responsabilidade também da empresa que o empregava²⁷ (RUSTAD e KOENIG, 1993, p. 1296).

A despeito desses entendimentos mais coesos, divergências doutrinárias foram surgindo. Nesse sentido, afirma-se até que os problemas levantados durante essa época foram os precursores dos ataques políticos e ideológicos contemporâneos por parte dos reformistas da lei das *torts*. As objeções à indenização punitiva surgiam à época do século dezenove puramente em um terreno doutrinário, porém, em contraponto aos escusos interesses corporativos que vemos hoje em dia (RUSTAD e KOENIG, 1993, p. 1298).

Num dos embates clássicos, o teórico contrário à indenização punitiva, professor de Harvard chamado Simon Greenleaf embasava sua oposição na ideia que a conduta que o instituto pune fica numa zona entre o direito público e privado. Isso não era coerente com sua própria visão da ciência do direito, na qual as doutrinas ou eram públicas, ou privadas, nunca indecisas entre as duas órbitas (RUSTAD e KOENIG, 1993, p. 1299). Em contraponto, o proponente favorável, um advogado chamado Theodore Sedgwick defendia uma visão mais pragmática, e ridicularizava um entendimento pautado em livros didáticos, declarando que a ciência do direito era inteiramente prática (RUSTAD e KOENIG, 1993, p. 1300). Acertada parece ser só a conclusão de Thomas Street sobre o embate, afirmando que como em qualquer controvérsia, cada ponto de vista detinha apenas porções da verdade, mas que assistia o peso da autoridade ao Sr. Sedgwick, visto que o posicionamento do professor Greenleaf era uma generalização levada longe demais (RUSTAD e KOENIG, 1993, p. 1300).

Já na prática, durante o início do século vinte as cortes concediam indenização punitiva contra réus em transações comerciais aonde existisse ingredientes de malícia, fraude,

²⁷ A teoria que compreende tal entendimento é intitulada *respondeat superior*, latim para “deixe com que o mestre responda” (LLOYD, 2010).

insulto, arbitrariedade, ou grave negligência em relação aos direitos das vítimas (RUSTAD e KOENIG, 1993, p. 1303). Porém, ainda havia uma relutância clara em aplicar o instituto em casos de erro médico (RUSTAD e KOENIG, 1993, p. 1302).

Com o decorrer do século vinte foram se expandindo estas áreas e fundamentos de aplicação, como se pode apreender do caso *TXO Production Corp. v. Alliance Resources Corp.* (1992 apud RUSTAD e KOENIG, p. 1305), em que o juiz Richard Neely assim discorreu:

Originalmente, a indenização punitiva era concedida apenas com vistas a dissuadir condutas maliciosas e de má-índole. Contudo, a definição de malícia dentro do âmbito das indenizações punitivas vem crescendo para não abarcar apenas as condutas de má-índole, mas também as condutas dotadas de extrema negligência que provavelmente causarão danos sérios. Geralmente, então, podemos distinguir entre o réu “verdadeiramente mau” de uma ação de indenização punitiva do réu “verdadeiramente estúpido” de uma ação de indenização punitiva. Nosso intuito é continuar a desencorajar ambas as desagradáveis formas de conduta...

Ao final do século vinte, portanto, a racionalidade pragmática da indenização punitiva foi estendida com vistas a punir e dissuadir ações extremamente descuidadas cometidas por administradores de corporações. Esta extensão é justificada por conta do fato que o alcance do risco ao público é muito grande na maioria dos casos (RUSTAD e KOENIG, 1993, p. 1309).

Com isso, passa-se a necessidade de declinar algumas das áreas de atuação contemporâneas deste remédio judicial nos Estados Unidos, construídas e moldadas através de todo esse processo histórico, para maior compreender a aplicabilidade prática do instituto em seu formato atual antes de passar-se a segunda metade desse estudo que trata do Brasil.

A área da responsabilidade pelo fato do produto é uma área que merece destaque, por ser uma área que, até como se mostrou acima, ensejou ações do gênero. Algumas das causas mais comuns envolvem os dispositivos contraceptivos intrauterinos, implantes de silicone, amianto e tabaco (ANDRADE, 2009, p. 190). Outra obra mais recente dos autores Thomas Koenig e Michael Rustad (2001 apud ANDRADE 2009, p. 190), intitulada “*In Defense of Tort Law*” traz inclusive a conclusão que “graças às decisões proferidas em ações de responsabilidade civil, os produtos de hoje em dia são cada vez mais testados nos laboratórios das indústrias e menos na casa dos consumidores ou em seus locais de trabalho”.

No caso desta responsabilidade por fato do produto, a indenização punitiva é geralmente deferida em desfavor de uma companhia que tiver agido com descuido extremo no

marketing do seu produto ou em falha em fazer um *recall* a tempo de produtos defeituosos (KOENIG e RUSTAD, 1993, p. 1311).

Também dentro dessa doutrina da responsabilidade por fato do produto, o professor David Owen (1976, p. 1329) reuniu e esquematizou os seguintes tipos conceituais como recorrentes que gerava deferimento da indenização punitiva: “(1) má conduta de tipo fraudulento; (2) violação sabida de padrões de segurança; (3) testes e procedimentos de manufatura inadequados; (4) falhas em avisar previamente perigos conhecidos *pré-marketing*; e (5) falhas *pós-marketing* em remediar perigos conhecidos”.

Além dos casos de responsabilidade por fato do produto, como já pode ter ficado claro por exposições anteriores é razoavelmente comum ver também a aplicação da indenização punitiva nos casos de ofensas a honra, naquele país intitulado como *difamação*²⁸. Essa pode se dar tanto por via escrita quanto oral²⁹ (ANDRADE, 2009, p. 193). Os requisitos do tipo são compreendidos pela existência da manifestação apta a difamar, a publicidade ou ciência desta manifestação por terceiro e a falsidade da afirmação (KIRSCHER e WISEMAN, 2000 apud ANDRADE, 2009, p. 194).

Quanto a isso, um dos precedentes instrutivos é o da Suprema Corte, em *Curtis Publishing Co. v. Butts*, de 1967, em que a difamação teria se dado na publicação de um artigo em um jornal. No julgamento, a editora defendeu que a imposição da indenização punitiva em casos do gênero poderiam constituir uma violação da liberdade de imprensa e, por conseguinte, a I Emenda da Constituição Americana. A Suprema Corte, todavia, desconsiderou tal posicionamento, asseverando que a I Emenda não eximiria a indústria jornalística do pagamento de uma indenização, punitiva ou não, onde ela fosse cabível. Relembrou ainda que tal garantia constitucional estaria preservada mesmo no caso da aplicação de uma indenização punitiva visto que há a possibilidade de um controle judicial sobre o montante indenizatório fixado pelo júri (ANDRADE, 2009, p. 194).

Indo além, existe ainda os casos de *erro médico*³⁰. Anteriormente destacara-se como em meados do século XIX havia um grande receio quanto a aplicação deste tipo de indenização para esta gama de casos. Conquanto ainda haja uma série de divergências e levantamentos receosos sobre a questão, em especial por parte dos proponentes da *tort reform*,

²⁸ No original: “*defamation*”.

²⁹ A por via escrita é chamada “*libel*”, e a por via oral “*slander*”.

³⁰ No original: “*medical malpractice*”.

é certo dizer que sua aplicabilidade se tornou difundida. É inclusive crescente o número de ações do gênero. Há algumas peculiaridades destacáveis neste aspecto: mais do que a mera negligência por parte do profissional da medicina, há a necessidade de uma conduta particularmente reprovável por parte do agente para que seja cabível tal ação indenizatória (GIESEN, 1988 apud ANDRADE, 2009, p. 194).

Discorre o Andrade (2009, p. 195) com maior propriedade sobre os casos de aplicação desse tipo da seguinte forma:

As circunstâncias agravantes podem estar vinculadas a algum comportamento frontalmente ilegal por parte do profissional (*malfeasance*), como, por exemplo, o médico que mantém relação sexual com um paciente ou com o cônjuge de um paciente, em consciente desrespeito ao bem-estar do paciente ou aos preceitos éticos. A destruição de arquivos com a finalidade de ocultar provas de negligência médica também tem sido considerado comportamento passível de sanção punitiva.

Dão também ensejo aos *punitive damages* as condutas técnicas comissivas executadas de forma imprópria, incompetente ou até com intenção maliciosa (*misfeasance*). Assim, por exemplo, o médico que aplicou em paciente silicone marcado com aviso de “impróprio para uso humano” (ver *Short v. Downs*, 1975).

A maior parte dos casos de erro médico que levaram à aplicação de *punitive damages* consistia em condutas nas quais os médicos deixaram de empregar o procedimento técnico apropriado ou, simplesmente, não praticaram o ato que lhes incumbia (*nonfeasance*). A indenização punitiva já foi aplicada contra um anestesiológista que abandonou a sala de operação após administrar anestesia, sabedor do risco de complicações para o paciente (ver *Medvec v. Choi*, 1977). Foi aplicada, também, no caso de um paciente que, apesar de ter procurado o médico com exame radiológico indicativo de deterioração cardíaca, não foi submetido a nenhum teste e recebeu simples instrução para continuar a tomar a medicação que havia sido prescrita por médicos plantonistas para tratamento de pneumonia. Cinco dias depois, o paciente morreu vítima de infarto do miocárdio (ver *Henry v. Deen*, 1984).

Nos que diz respeito às ações pautadas por condutas fraudulentas, há o exemplo da Suprema Corte do Alabama, *Mutual Life Insurance Co. v. Haslip*, de 1991. No caso em tela, houve um lapso por parte do seguro de saúde do Sr. Haslip, quando o Sr. Ruffin, funcionário tanto da companhia de seguros envolvida no caso e de outra companhia, indevidamente se apropriou de prêmios pagos por parte da companhia empregadora envolvida no caso que eram devidos a outra, pertinentes a um tratamento recebido pelo Sr. Haslip. Este ajuizou então uma ação indenizatória na corte estadual do Alabama, alegando fraude por parte de Ruffin e buscando que a sua empregadora fosse também responsabilizada com base na teoria do *respondeat superior*³¹ (*Mutual Life Insurance Co. v. Haslip*, 1991).

³¹ Vide nota de rodapé de nº 24.

Houve até mesmo influência geral decorrente desta decisão, vindo positivar certos fatores – doravante conhecidos como “fatores Haslip” (RUSTAD e KOENIG, 1993, p. 1312-1314) – que deveriam ser utilizados para determinar se uma indenização punitiva era razoavelmente proporcional aos objetivos de dissuasão e retribuição. O juiz O’Connor (*Mutual Life Insurance Co. v. Haslip*, 1991) foi quem enumerou-os:

- (1) Deve haver uma relação razoável entre o valor da indenização punitiva e o dano possivelmente resultante da conduta do réu, bem como o dano que efetivamente ocorreu. Se o dano factual ou provável é leve, a indenização deve ser relativamente pequena. Se grave, a indenização deve ser muito maior.
- (2) O grau de reprovabilidade da conduta do réu deve ser considerado. A duração da conduta, se o réu sabia dos riscos e o grau dessa conscientização, qualquer forma utilizada pra tentar ocultar esses riscos, e a existência e frequência de condutas similares no passado também devem todos ser relevantes para determinar o grau de reprovabilidade.
- (3) Se a conduta foi lucrativa para o réu, a indenização punitiva deve remover este lucro e deve ser em excesso a este lucro, para que o réu reconheça sua perda.
- (4) A posição financeira do réu seria relevante.
- (5) Todos os custos do litígio devem ser incluídos, para encorajar querelantes a trazer malfetores a julgamento.
- (6) Se sanções criminais foram impostas ao réu por sua conduta, isto deve ser levado em consideração para mitigar o valor da indenização punitiva.
- (7) Se tiver havido outras ações civis contra o mesmo réu, baseada na mesma conduta, isto deve ser levado em conta para mitigar o valor da indenização punitiva.

Como poderá ser percebido, parte dessas instruções seriam mais sucintamente compiladas e revistas no *leading-case BMW v. Gore*, contemplado adiante.

Outro campo recente e razoavelmente difundido da aplicação da indenização punitiva é o caso dos acidentes de trânsito. Aqui, imputa-se a sanção punitiva contra negligências grosseiras por parte dos motoristas: como dirigir muito acima do excesso de velocidade ou especialmente embriagado, assumindo o risco inerente a tal conduta irresponsável. A intenção da aplicação desse tipo de indenização é, logo, punir tais motoristas que “são responsáveis por aproximadamente metade das mortes, lesões corporais e danos materiais decorrentes de acidentes de trânsito” (SCHLUETER e REDDEN, 2000 apud ANDRADE, 2009, p. 196).

No que tange o desenvolvimento histórico do contexto jurídico do instituto nos Estados Unidos, descartando-se as infundáveis discussões de caráter político que vem surgindo quanto as ideias de reforma, mais propriamente descrita em seus impactos sob o item “2.3 – Discussões posteriores” deste estudo, o último caso que vale ser citado e descrito em detalhes é o *leading-case BMW of North America, Inc. v. Gore*, de 1996, notadamente

relevante por, paralelamente ao caso *Rookes v. Barnard* do direito inglês, impor balizas a aplicação da indenização punitiva na América.

Nos fatos do caso, o Dr. Ira Gore comprou, em 1990, uma BMW nova, pelo valor de U\$40.750,88 de uma revendedora autorizada da montadora. Depois de 9 meses utilizando-a, levou-a para polir e descobriu que o veículo havia sido repintado. Veio então a ajuizar uma ação contra a BMW, alegando fraude. Descobriu-se no decorrer do processo que desde 1983 era política da empresa repintar carros que tivessem sofrido algum tipo de dano em sua confecção, se esse não ultrapassasse 3-4% do valor total do automóvel. No caso do veículo comprado por Gore, estimadamente não ultrapassava 1,5%. Gore conseguiu prova testemunhal de um funcionário da BMW alegando que um carro repintado valia 10% menos que um novo. Aferiu-se 983 veículos vendidos repintados, e o valor de U\$4.000 então perdido por veículo nisso, ele pleiteou por U\$4 milhões em indenização punitiva (ANDRADE, 2009, p. 200).

O júri lhe conferiu U\$4.000 a título de compensação e acatou seu pedido, entendendo que a prática era maliciosa e fraudulenta. Após apelação por parte da BMW, a Suprema Corte do Alabama expôs que o cálculo estava errado, pois se levava em conta veículos vendidos em outras jurisdições. Reduziram então para U\$2 milhões o montante oferecido punitivamente. Mais uma vez recorrido, a Suprema Corte dos EUA então considerou esse valor como grosseiramente excessivo³² e violador da cláusula do devido processo legal³³, pois chegava ao patamar de quinhentas vezes o valor total da indenização conferida a título de compensação. Julgou tal atitude como desproporcional, embora não exista na prática equivalência matemática entre eles. Ao final, retornando à Suprema Corte do Alabama, o valor foi reduzido para U\$50.000 (ANDRADE, 2009, p. 201).

Surgiram da análise por parte da Suprema Corte então três critérios para se aferir a eventual excessividade de uma indenização: “(1) grau de repreensibilidade da conduta do réu; (2) proporção entre a indenização compensatória deferida (que leva em conta o dano efetivo ou potencial infligido ao querelante) e a indenização punitiva; e (3) comparação entre a indenização punitiva deferida e as penalidades civis e criminais que poderiam ser impostas por más condutas similares” (*BMW v. Gore*, 1996).

³² No original: “grossly excessive”.

³³ “Due process clause”.

Oito anos mais tarde, o caso *State Farm Automobile Insurance Co. v. Campbell* confirmou essa decisão, e ainda argumentou que fixação de uma indenização punitiva em proporção superior a 9 vezes os danos compensatórios recebidos era uma provável violação do processo legal, que a distância máxima seria provavelmente 4 pra 1, e que, se tratando de uma indenização compensatória substancialmente alta, poderiam até mesmo se equivaler (ANDRADE, 2009, p. 202-203).

Apreende-se que o panorama estadunidense é portanto um dos mais complexos, vez que cada estado tem o poder de legislar como queira sobre a questão, o que impreterivelmente cria uma miríade de posições diferentes, subsistindo inclusive discussões sobre a constitucionalidade do instituto. Mesmo assim, os EUA tratam-se do país mais representativo do instituto nos dias de hoje, tendo incontáveis decisões e precedentes que lhe respaldam. Em geral, o que se percebe é que a aplicação não se vê restrita a nenhuma gama de casos específicos, bastando a caracterização do padrão de responsabilidade para que esse tipo de indenização seja pleiteável. As maiores discussões prendem-se justamente no *quantum* indenizatório, levando a Suprema Corte a ter que se posicionar se as indenizações por vezes milionárias poderiam constituir possível violação ao devido processo legal. Bastante corrente também, nisso, discussões doutrinárias sobre a possibilidade da imposição de limites (chamados *caps*) aos valores deferidos.

1.3.3 Austrália

Na Austrália, a Alta Corte tem a visão que os propósitos gerais da indenização punitiva são: (1) a dissuasão do malfeitor, de outras “pessoas de mentalidade similar”, e geralmente de “condutas do mesmo tipo repreensível”; e (2) cumprir a função social de ensinar o malfeitor que a *tort* não compensa. Assim sendo, uma condenação que defira indenização punitiva serve para marcar a condenação e a desaprovação, por parte da corte, da conduta do réu. Destaca-se ainda que a Alta Corte endossa a moderação na valoração da indenização, e que a proporcionalidade é relativa com as circunstâncias de cada caso, não sendo necessária nenhuma proporcionalidade estrita entre a definição da indenização compensatória e da punitiva (*Lamb v. Cotogno*, 1987).

Esse tipo de indenização é deferido “raramente”, mas num espectro de possibilidade maior do que aquele rol taxativo prescrito pelo precedente inglês em *Rookes v.*

Barnard. É mais comumente utilizada em casos de *tort* intencionais, mas sua disponibilidade não é preclusa simplesmente porque a causa da ação foi classificada como negligência, se esta foi arbitrária, imprudente ou grosseira. Em atenção a uma potencial duplicação da função punitiva da lei penal, a Alta Corte deliberou que ao se infligir punição substancial pelo que seja substancialmente a mesma conduta num processo crime, de uma conduta a que o réu é também sujeito de um processo civil, é vedado o deferimento da indenização punitiva (*Gray v. Motor Accident Commission*, 1998).

1.3.4 Irlanda

Na Irlanda, a indenização punitiva surge da natureza do ilícito cometido, ou da maneira de sua comissão, e intenta punir o réu pela conduta ultrajante, dissuadir a ele e outros de condutas similares no futuro, e positivar a desaprovação particular da corte da conduta deste réu, em todas as circunstâncias do caso, tomando a decisão que deve ser publicamente visto que o réu foi punido por tal conduta. A Irlanda também não segue o *approach* categórico estabelecido em *Roakes*. A Suprema Corte reconheceu que o deferimento da indenização punitiva é uma “arma” que pode ser usada tanto em defesa quanto contra a liberdade, identificando-a como um remédio “drástico, embora essencial, embasado na segurança pública” (*Conway v Irish National Teachers' Organisation*, 1991).

1.3.5 Canadá

Para um desfecho apropriado deste capítulo, e visando estabelecer um *link* com a segunda parte deste estudo, opta-se por citar aqui ao final o exemplo canadense. Muito embora sejam os Estados Unidos a maior autoridade – nem que seja pelo volume da construção jurisprudencial – da temática, o exemplo canadense desponta como relevante para uma eventual apreciação da aplicabilidade do instituto no nosso sistema jurídico por se tratar da melhor estabelecida aplicação contemporânea do mesmo dentro de um sistema com parcela civilista.

A aplicação foi reconhecida pela Suprema Corte em 1886 (em *Collette v. Lasnier*, uma disputa de patente), mas só passou a ser mais amplamente utilizado a partir da década de 1970 (*Whiten v. Pilot Insurance Co.*, 2002). Suas condições de aplicação são descritas como

“em casos excepcionais, nos quais a conduta do agente é considerada maliciosa, opressiva ou arrogante, de tal modo que chega a ofender o senso de ‘decoro da corte’” (ANDRADE, 2009, p. 208). Cumpre ressaltar que tais condições foram definidas pelo caso *Hill v. Church of Scientology of Toronto*, de 1995.

Um dos *leading-cases* importantes do país, que trata da disponibilidade da indenização punitiva em situações contratuais, é *Whiten v. Pilot Insurance Co.*, de 2002, que passa-se a ponderar em seus pormenores.

Na noite de 18 de janeiro de 1994, um incêndio accidental se alastrou pela residência da família Whiten. O casal de adultos então tirou seus filhos da cama e saiu do local. O fogo acabou por queimar toda a casa, junto com todos os pertences (algumas antiguidades de valor, além de bens sentimentais) e três gatos da família. Fazia -16°C na rua, e a família escapara apenas com seus pijamas. O Sr. Whiten então deu seus chinelos a sua filha, e foi buscar ajuda, sofrendo queimaduras produzidas pela neve (*frostbite*) que lhe fizeram depender de uma cadeira de rodas por algum tempo. Após fazer um pagamento único na soma de U\$5.000, o suficiente para cobrir as despesas familiares por cerca de dois meses, a empresa de seguros Pilot Insurance Co. decidiu cortar todos os pagamentos que eram devidos ao casal, e assumir uma postura hostil, alegando que os Whitens haviam fraudulentamente colocado fogo em sua própria casa. Logicamente, a empresa havia destinado um profissional de confiança para averiguar a situação, mas este profissional não encontrara indício algum da culpa ser da família. A negação por parte da empresa em pagar o prêmio de U\$345.000 da apólice a família era embasada apenas na situação financeira problemática da família (ambos estavam desempregados). A despeito de três outros laudos periciais e do testemunhos dos bombeiros reafirmarem o posicionamento que o fogo fora accidental, a recusa por parte da empresa persistiu por um substancial período de tempo, forçando os Whitens a escolherem entre abrir mão do seu direito pelo valor inteiro ou se verem forçados a despende um dinheiro que não tinham em um litígio (*Whiten v. Pilot Insurance Co.*, 2002).

O júri então considerou a Pilot culpada de uma quebra de contrato de seguro motivada por má-fé, e deferiu aos Whitens U\$318.252 a título de indenização compensatória e um milhão a título de indenização punitiva. A seguradora apelou. A Corte de Apelações de Ontario reafirmou a decisão do júri de deferir a indenização punitiva, mas reduziu o valor para U\$100.000. A decisão foi então apelada por ambas as partes para a Suprema Corte. Duas perguntas específicas foram enfrentadas pelos juízes da Suprema Corte. Primeiro, a conduta

da seguradora justificava o deferimento da indenização punitiva? Segundo, poderia ser um milhão de dólares uma quantia considerada razoável e racional sob as circunstâncias do caso? Após uma longa e meticulosa análise dos fatos do caso concreto e da lei, a corte respondeu unanimemente que sim para a primeira pergunta e quase unanimemente (com o juiz LeBel como dissidente) para a segunda. A posição da Corte foi que a seguradora havia violado seu dever de boa-fé ao segurado, e que a violação constituía um ilícito legal independentemente acionável para o qual a indenização punitiva deveria ser concedida tendo em consideração as circunstâncias do caso. Sobre o valor da indenização, a corte concluiu que embora fosse maior que o valor que a própria corte teria deferido, estava “dentro dos limites racionais com os quais um júri pode operar”, visto que mal passava de três vezes o valor da indenização compensatória. A corte então deu provimento ao apelo, negando o contra-apelo (*Whiten v. Pilot Insurance Co.*, 2002).

Cumpra expor a meticulosidade da detida análise da decisão do juiz Binnie, que faz também um retrospecto histórico próprio do instituto (passando pela maioria dos *standard cases* vistos, como *Rookes v. Barnard*, *Broome v. Cassell*, *Day v. Woodworth*, *BMW v. Gore*, etc) além de um panorama comparativo com a aplicação deste na Inglaterra, Austrália, Nova Zelândia, Irlanda e nos Estados Unidos. Sua conclusão deste comparativo vem no sentido que a limitação da imposição da indenização punitiva por “categoria” não funcionava, e já fora inclusive rejeitada no Canadá em *Vorvis v. Insurance Corporation of British Columbia* (1989). Para o magistrado, o mecanismo de controle eficaz não se dá ao restringir as categorias dos casos, mas sim em racionalmente determinar circunstâncias que deem ensejo à adição da punição à compensação numa ação cível. Lembra que o primeiro veículo da punição é a lei penal, e até mesmo que algumas jurisdições, como a Austrália e a Nova Zelândia, proíbem a aplicação da indenização punitiva quando já houver condenação penal; o Canadá (e os EUA, como exposto acima), porém, trata a condenação como outro fator de análise, embora um de uma importância potencialmente grande. Defende que nenhuma das jurisdições da *common law* adotou (a exceção de alguns estatutos) um *approach* formulista à determinação da quantia, como um teto fixo ou uma razão fixa entre o valor da indenização punitiva e compensatória. O foco não deve ser no dano sofrido pelo querelante, mas sim na má conduta do acusado. Um *approach* mecânico desse tipo seria um desserviço, não permitindo suficientemente para que as muitas variáveis fossem levadas em consideração ao estimar-se uma quantia justa. Por fim, reitera como a quantia não está “à solta”, existindo mecanismos de

controle e revisão dos valores por parte das cortes quando estes excederem os limites racionais e comedidos dos casos concretos (*Whiten v. Pilot Insurance Co.*, 2002).

A parcela civilista canadense relevante ao estudo trata-se do Quebec, uma das dez províncias do país que, em razão de sua origem francesa, mantém um sistema jurídico relativamente independente, e cuja fonte primeira é a lei codificada. Ainda assim, a influência dos princípios da *common law* em seu direito é lógica, e o Código Civil promulgado em 1994 introduziu a noção da indenização punitiva (em francês, *dommages-intérêts punitifs*) em seu sistema legislativo (ANDRADE, 2009, p. 210). Transcreve-se abaixo o artigo que prevê sua aplicação:

Art. 1621. Quando a lei preveja a atribuição de indenização punitiva, esta não pode exceder, em valor, o que seja suficientemente para assegurar sua função preventiva.

Em sua apreciação devem-se levar em conta todas as circunstâncias apropriadas, notadamente a gravidade da culpa do devedor, de sua situação patrimonial, a extensão da reparação a que ele se encontra obrigado perante o credor, assim como, quando for o caso, o fato de que o pagamento da reparação será, total ou parcialmente, assumido por terceiro.

É entendido que tal dispositivo legal não estabeleceu o direito ao pleito da indenização punitiva como uma regra geral, apenas fixou balizas a sua aplicação, aonde a lei permitir tal aplicação (DESHARNAYS, 2003 apud ANDRADE, 2009, p. 2010).

No próprio Código Civil de Quebec, encontra-se a possibilidade do pleito da indenização punitiva em alguns casos de locação: quando o locador se recuse a alugar ou imponha condições dificultosas para locação de imóvel para uma mulher grávida (art. 1899), quando o locador tomar atitudes visando a restringir o direito do locatário de utilizar do imóvel locado (art. 1902) ou ainda quando um imóvel for retomado de má-fé por parte do locador (art. 1968) (ANDRADE, 2009, p. 211).

Outros dispositivos legais também contemplam possibilidades. A Lei de Proteção ao Consumidor do Quebec³⁴ antevê a possibilidade do pleito em casos de descumprimento, por parte de um comerciante ou fabricante, de alguma obrigação que lhe é imposta pela lei, regulamento específico, ou outros dois dispositivos legais contidos nesse próprio código (CANADÁ, *Loi...*, 2012).

³⁴ No original: “*Loi sur la protection du consommateur*”.

Além dessas, outras duas possibilidades figuram em outros dois diplomas legais: a Carta de Direitos e Liberdades da Pessoa³⁵ prevê a possibilidade em caso de algum atentado a direito ou liberdade por ela reconhecidos, e a Lei de Proteção das Árvores prevê uma indenização punitiva pré-estipulada em U\$200 por árvore derrubada sem autorização legal (ANDRADE, 2009, p. 212).

Uma última consideração bastante relevante para o contexto que se trabalha é o dado que, muito embora a indenização punitiva tenha surgido no Canadá, como se demonstrou mais acima, em 1886, sua aplicação era restrita às áreas do país regidas pela *common law*. Sua parcela civilista só veio a aplicá-la posteriormente à codificação do instituto, como se demonstrou no caso do Quebec – em 1991 (GOTANDA, 2003, p. 42-43).

(S)urge o questionamento: se num país que convive – de certa maneira harmoniosamente – com dois sistemas jurídicos, a parcela civilista não se deixou influenciar pelo outro lado, sem antes compreender e sistematizar o instituto; por que haveria um país como o Brasil, puramente civilista, aplicar tal remédio judicial antes de proceder com uma recepção e codificação própria?

³⁵ “*Charte des Droits et Libertés de la Personne*”

2 CONTORNOS PÁTRIOS E CRÍTICA À APLICAÇÃO DO INSTITUTO

Passa-se ao segundo momento deste estudo. Se no primeiro a dedicação centrou-se em apresentar o que são os *punitive damages* em seus pormenores razoáveis em sua origem, aqui o intuito será tratar da estrutura contemporânea do direito pátrio, da forma como a indenização punitiva vem sendo aplicada pelos tribunais brasileiros, além de abordar outros temas possivelmente relevantes no conjunto de todo esse diagnóstico.

Esta definição mais expressiva que então se fez do instituto servirá ao propósito de aclarar eventuais confusões doutrinárias ou jurisprudenciais, que insistem em apresentá-lo ou como apenas um de seus atributos, ou contrariando qualquer outro de seus ditames e características básicas. Também servirá, por óbvio, a qualquer cotejo lógico, por similaridade ou contraste.

2.1 Os *punitive damages* e o contexto brasileiro

A discussão doutrinária quanto à aplicabilidade da indenização punitiva, em seu molde contemporâneo, perpassa uma série de argumentos e fatores favoráveis e contrários. O cerne do debate se dá quanto à possibilidade de se resgatar a utilização de uma pena privada dentro da esfera do direito civil, com os argumentos favoráveis clamando pela evolução da ótica da responsabilidade civil, e os contrários preocupados com a estrutura do nosso sistema jurídico, além da própria segurança jurídica.

A discussão sobre o atrativo de uma pena privada e a superação da cisão entre as órbitas do direito penal e do direito civil já foi introduzida logo no início desse trabalho. No retrospecto histórico, pôde-se ver inclusive como o julgador britânico Lorde Devlin admitiu que a indenização punitiva tratava-se de uma anomalia, mas que já estava demasiadamente assimilada pelo sistema jurídico inglês para ser extirpada. Não é o caso, porém, no Brasil. Resta discutir então sobre os argumentos surgidos neste contexto, para que se extraiam eventualmente conclusões sobre a validade da recepção do instituto.

2.1.1 A pena privada e a influência anglo-americana

Em breve retrospectiva sobre a pena privada dentro dos sistemas civilistas, cumpre assinalar como ela foi um dia consagrada e aplicada com intuito de punir o ofensor nos chamados delitos privados. Porém, especialmente com o surgimento da figura do enriquecimento sem causa (banindo qualquer transferência injustificada de riqueza de um sujeito a outro), não tardou para que se modificasse tal entendimento culminando na “limitação da obrigação de indenizar ao mero ressarcimento do dano efetivamente infringido, então se lançando as bases do princípio hoje acolhido de forma expressa no caput do art. 944 do Código Civil brasileiro” (MARTINS-COSTA e PARGENDLER, 2005, p. 17-18).

Vaticinou ainda Boris Starck, estudioso francês, em meados do século XX, que a pena privada só morreu para poder renascer (MARTINS-COSTA e PARGENDLER, 2005, p. 18). Procurava demonstrar que a hostilidade para com essa doutrina era gratuita e injustificada, sendo influenciado pela teoria do risco e ansiando oferecer nova sistematização à responsabilidade civil com base na noção de garantia (MORAES, 2004, p. 50).

Paolo Gallo (1996 apud MARTINS-COSTA e PARGENDLER, 2005, p. 21) em sua obra *Pene private e responsabilità civile* sobre a retomada da pena privada elenca hipóteses em que a intromissão poderia ser bem vinda:

- (1) Casos de responsabilidade civil “sem dano”, isto é, sem dano de natureza econômica imediatamente perceptível, como ocorre no vasto setor das lesões ao direito de personalidade;
- (2) Situações em que o lucro obtido com o ato ilícito é superior ao dano;
- (3) Hipóteses em que a probabilidade de condenação a ressarcir os danos é inferior relativamente à probabilidade de causar danos;
- (4) Os chamados “crimes de bagatela”.

Identifica-se que o ressurgimento dessa discussão é fruto também de crescente influência do “direito anglo-saxão, hoje largamente expansionista em virtude da ‘americanização’ do direito, que estamos a sofrer” (MARTINS-COSTA e PARGENDLER, 2005, p. 17). Pierre Bourdon defende que tal influência deriva sobretudo de bases econômicas, decorrência da expansão do modelo neoliberal (MORAES, 2004, p. 45).

De toda sorte, afirmar que haja uma influência não implica necessariamente um não agir e se deixar moldar. O produto do estudo de tais influências visa uma compreensão e instrução desses processos históricos de modo tal que se possa tomar as medidas de controle

necessárias. As autoras em foco propõem que o exercício da comparação, no que tange o Direito, passou também por um processo evolutivo, culminando hoje não numa mera superposição de elementos, mas sim numa "análise diferencial das jurisculturas" que, quando aplicada a um exame de compatibilidade, não lhe falta a consideração do *ethos* de cada país (MARTINS-COSTA e PARGENDLER, 2005, p. 16).

2.1.2 Danos morais e dinâmica evolutiva da função da responsabilidade civil

Assim como Andrade outrora veio a destacar, concordam Martins-Costa e Pargendler (2005, p. 16) que a antiga mentalidade reparativa da responsabilidade civil não é imune aos fenômenos sociais próprios das sociedades hiper-industrializadas, “nem às escolhas jurídico-axiológicas dessas mesmas sociedades, tal qual, exemplificativamente, a proteção ao consumidor como sujeito jurídico em si mesmo vulnerável”.

Ademais, levando em consideração também a tendente contração do campo de aplicação do direito penal, que, por entendimento mais contemporâneo deve ser limitado às ofensas mais graves à ordem social, a discussão sobre o caráter exemplar da responsabilidade civil vem ganhando força nos países civilistas, em razão justamente da “insuficiência de respostas oferecidas pela responsabilidade civil como mecanismo meramente ressarcitório” (MARTINS-COSTA e PARGENDLER, 2005, p. 21).

Contudo, ressaltam que não se deveria proceder ao acolhimento de uma pena privada livremente por via jurisprudencial (MARTINS-COSTA e PARGENDLER, 2005, p. 16). Outrossim, Maria Celina Bodin de Moraes (2004, p. 55) identifica que uma solução para tal problemática “é, evidentemente, de ordem filosófica e sociológica e, sucessivamente, de política legislativa, hipóteses em relação às quais serão sempre insuficientes as soluções (necessariamente) casuísticas da jurisprudência”.

No que diz respeito ao dano moral, até hoje subsistem três correntes sobre a função que deveria cumprir sua indenização: “a compensação/satisfação do ofendido, a punição do ofensor e tanto a satisfação do ofendido como a punição do ofensor” (MARTINS-COSTA e PARGENDLER, 2005, p. 23).

Ripert Grimes (1947 apud ANDRADE, 2009, p. 148) foi um dos defensores da segunda corrente, considerando tal indenização como essencialmente um exemplo de pena privada, a exemplo de em sua obra *A regra moral nas obrigações civis*: “[...] O que na realidade visa a condenação não é a satisfação da vítima, mas a punição do autor. As perdas e danos não têm o caráter de indenização, mas caráter exemplar”. Tal autor acreditava também que a tentativa de satisfação de um bem extrapatrimonial através de uma reparação pecuniária era profundamente imoral.

Assinala-se que tal entendimento é, todavia, minoritário, a maior aceitação³⁶ sendo no sentido da terceira corrente, que a indenização do dano moral cumpre uma função dupla, compensando a vítima e punindo o ofensor (ANDRADE, 2009, p. 151).

Por óbvio que essa terceira corrente, de função dupla, acaba portanto por admitir, inegavelmente, ainda que em parte, a ideia de um caráter punitivo num instituto do direito civil no ordenamento pátrio.

Nesta senda, leciona Sergio Cavalieri Filho (2010, p. 96):

Com efeito, o ressarcimento do dano moral não tende à *restitutio in integrum* do dano causado, tendo mais uma genérica *função satisfatória*, com a qual se procura um bem que recompense, de certo modo, o sofrimento ou a humilhação sofrida. Substitui-se o conceito de equivalência, próprio do dano material, pelo de compensação, que se obtém atenuando, de maneira indireta, as consequências do sofrimento. Em suma, a composição do dano moral realiza-se através desse conceito – compensação –, que, além de diverso do ressarcimento, baseia-se naquilo que Ripert chamava “substituição do prazer, que desaparece, por um novo”. Por outro lado, não se pode ignorar a necessidade de se impor uma pena ao causador do dano moral, para não passar a infração e, assim, estimular novas agressões. A indenização funcionará também como uma espécie de *pena privada* em benefício da vítima.

Moraes (2004, p. 52) identifica que a ideia da imoralidade (“o dinheiro da dor”) referida acima é a possível causa da expansão da tese punitiva em nosso ordenamento. Para ela, é a partir dessa ideia que se passou a admitir a aplicação da pena privada a certas categorias de danos extrapatrimoniais. Destaca ainda o uso reiterado pela doutrina brasileira de um excerto bastante antigo sobre o tema: “o pagamento de uma soma a título de satisfação ocupa um lugar intermédio entre a indenização e a pena”.

Destaca a autora que o Brasil conta com ilustres defensores dessa tese [da função punitiva da reparação do dano extrapatrimonial], em maior ou menor grau: Caio Mário da Silva Pereira, Silvio Rodrigues, Maria Helena Diniz, Artur Oscar de Oliveira Déda, Carlos

³⁶ O que não significa dizer, anote-se, que conquanto tenha ampla aceitação seja um entendimento pacificado. Longe disso, como se verá na análise jurisprudencial subsequente.

Alberto Bittar, Sérgio Cavalieri, dentre outros. Contrários estão José Aguiar Dias, Pontes de Miranda, Wilson Melo da Silva, Orlando Gomes (MORAES, 2004, p. 47)

No mundo jurisprudencial, o Superior Tribunal de Justiça aderiu à tese do caráter punitivo, identificando que a indenização por dano moral cumpriria verdadeiramente dúplice função, de um lado visando a reparação do dano, focando a vítima, e do outro a punição, focando o ofensor e intentando que este não volte a reincidir (ANDRADE, 2009, p. 153).

Em conjunto com a tese aqui descrita, outra se desenvolveu, de caráter similar, chamada *teoria do valor do desestímulo*, que, como seu próprio nome dá a entender, tem como intuito justamente a conscientização do lesante que sua conduta é imprópria e não deve ser persistida (MORAES, 2004, p. 51) – entendida, e corriqueiramente associada, num paralelo lógico com a função da dissuasão da própria indenização punitiva.

A despeito de reconhecer tal movimento doutrinário e jurisprudencial, Moraes (2004, p. 73) critica a tese de um caráter genérico punitivo, alertando que:

Tal caráter aflitivo, aplicado indiscriminadamente a toda e qualquer reparação de danos extrapatrimoniais, coloca em risco princípios fundamentais de sistemas jurídicos que têm na lei sua fonte normativa, na medida em que se passa a aceitar a ideia, extravagante à nossa tradição, de que a reparação não se constitui mais como o fim último da responsabilidade civil mas a ela se atribuem, também, como intrínsecas, as funções de punição e dissuasão, de castigo e prevenção.

Diametralmente oposto, Andrade crê como necessária a noção de uma responsabilidade civil focada na prevenção de danos. Defende que a manutenção do raciocínio da responsabilidade civil tradicional faz com que esta seja axiologicamente neutra, uma vez que voltada ao passado, com vistas a minorar as consequências de um dano e focada na vítima. Identifica isso como problemático, pois a mera reparação do dano não analisa a figura do ofensor, o desvalor e a gravidade de sua conduta (ANDRADE, 2009, p. 224-225).

Já Martins-Costa e Pargendler (2005, p. 22) fazem considerações mais específicas quanto a aplicação da indenização punitiva em si, como se verá adiante, mas no que aqui se discute identificam que a regra geral estabelecida pelo art. 944 do Código Civil [que, como se viu, positiva a ótica reparativa do sistema] incide somente em danos patrimoniais, sendo possível uma punição pecuniária no caso dos danos extrapatrimoniais (até por não ser possível uma mensuração exata de sua extensão para que se cumprisse puramente uma reparação).

Em sua sistematização, Andrade (2009) separa as funções da responsabilidade civil, portanto, em três: a tradicional reparatória/compensatória (cujas críticas feitas por ele

foram levantadas acima), a preventiva e a punitiva. Sobre a segunda, diz que seu surgimento não se trata de desvalorizar um papel tradicional da responsabilidade civil, mas apenas que, se possível, a prevenção de um dano seria preferível à reparação do mesmo. Já a terceira viria em decorrência da segunda, vez que uma vez aceito o papel profilático da responsabilidade civil, a pena (que teoricamente sempre tem uma função preventiva) atuaria nos casos em que, já acontecido o dano, a mera tutela reparatória não exerceria qualquer força intimidativa sobre o ofensor.

Na contramão, Moraes identifica como problemática uma eventual distinção entre a função punitiva e função preventiva (aproximada muitas vezes com uma ideia mais utilitarista), vez que uma conduta de alto grau de dolo de difícil repetição mereceria, nesta finalidade preventiva, pena menor que uma conduta menos dolosa de provável repetição (MORAES, 2004, p. 53-54).

2.1.3 Indenização por dano moral e seu paralelo lógico com funções da aplicação da indenização punitiva

Conforme destacou-se, com ampla aceitação a indenização por dano moral vem sendo aplicada visando também se cumprir uma finalidade pedagógico-punitiva. Acontece que, como se pode perceber, tal função é equivalente a algumas das funções sistematizadas do instituto da indenização punitiva. Aqui, há de se reconhecer tais semelhanças, mas também fazer a distinção necessária entre elas.

Ao fazer um acolhimento da função punitiva (ou da função mista) da indenização por danos morais, a jurisprudência (figurando em especial o STJ) costuma elencar três critérios para se chegar a um valor indenizatório justo: (1) o grau de culpa do ofensor; (2) a condição econômica do responsável pela lesão; e (3) o enriquecimento obtido com o fato ilícito (MARTINS-COSTA e PARGENDLER, 2005, p. 23).

Conquanto similares, a doutrina estadunidense traz como imprescindível à possibilidade da aplicação da indenização punitiva, para que se cumpra de forma correta os fins desta: “a comprovação de elementos subjetivos (culpa grave, dolo, malícia, fraude etc.) a marcarem a conduta do ofensor” (MARTINS-COSTA e PARGENDLER, 2005, p. 23).

Elucidam, *in verbis* as autoras:

É preciso, pois, distinguir: uma coisa é arbitrar-se indenização pelo dano moral que, fundada em critérios de ponderação axiológica, tenha caráter compensatório à vítima, levando-se em consideração – para a fixação do montante – a concreta posição da vítima, a espécie de prejuízo causado e, inclusive, a conveniência de dissuadir o ofensor, em certos casos, podendo mesmo ser uma indenização “alta” (desde que guarde proporcionalidade axiologicamente estimada ao dano causado); outra coisa é adotar-se a doutrina dos *punitive damages* que, passando ao largo da noção de compensação, significa efetivamente – e exclusivamente – a **imposição de uma pena**, com base na conduta altamente reprovável (dolosa ou gravemente culposa) do ofensor, como é próprio do direito punitivo.

No primeiro caso, o universo é amplíssimo, abarcando os regimes de responsabilidade resultantes de quaisquer dos critérios de imputação (subjetiva ou objetiva, seja esta pelo risco, pela segurança, pela confiança, etc.). No segundo caso, (*punitive damages*) só poderá abranger a responsabilidade derivada da imputação subjetiva, sob pena de incontornável contradição: se o que é avaliado (para fixar o montante da indenização) é a maior ou menor **gravidade da conduta** do autor do dano e o maior ou menor grau de **reprovação ético-jurídica à conduta**, como fazê-la incidir às hipóteses de imputação objetiva, para a qual o exame da **conduta do agente** é despiciendo (examinando-se tão-só a ilicitude, o dano, a imputabilidade e o nexo causal)?

(MARTINS-COSTA e PARGENDLER, 2005, p. 22-23)

Em termos muito parecidos, Moraes (2004, p. 56-57) já alertava acerca de tais confusões:

Punitive damages, em sua atual formação nos Estados Unidos, são indenizações obtidas pela vítima quando os atos do ofensor forem considerados maliciosos, violentos, opressivos, fraudulentos, temerários ou significativamente (“grotescamente”) negligentes.

Assim, e diversamente do que muitos crêem, a indenização *ou punitive damages* não ocorre em casos de simples culpa; ela só surge se o ofensor tiver agido com culpa grave ou dolo.

Em síntese, embora possa servir de argumento favorável (ou não) a uma ulterior recepção da indenização punitiva *per se* no nosso ordenamento – por se tratar, como se viu, de uma mudança na lógica básica da responsabilidade civil, deixando para trás a ótica reparativa em direção à inclusão de um intuito preventivo-punitivo – não se deve, em hipótese alguma, confundir o caráter pedagógico-punitivo atribuído à indenização por dano moral com o instituto da indenização punitiva.

2.1.4 Dicotomia Direito Penal-Direito Civil

Nesse aspecto, depara-se novamente com posições antagônicas. Parece lógico que uma eventual aplicação da indenização punitiva desafiaria essa cisão. Nesse sentido, é perceptível o posicionamento de dados autores até mesmo através dos vocábulos por eles

empregados: os partidários chamam de “superação” ou “relativização” da dicotomia; os contrários “violação”, “afronta”.

Maria Celina Bodin de Moraes (2004, p. 72) reafirma a ideia que o instituto dos *punitive damages*, em especial no nosso sistema jurídico, constituem uma figura anômala situada entre o direito penal e o direito civil, pois embora seja uma indenização cível tem como intuito primordial punir o ofensor, através de pena pecuniária.

A partir daí, levanta argumentos em óbice tanto a recepção deste instituto quanto a existência de uma função punitiva genérica dentro da indenização por danos extrapatrimoniais no nosso país, seu embasamento majoritariamente focado no princípio da legalidade. Para a autora, deixar a critério de um juiz estabelecer tais valores seriam uma violação expressa a tal princípio, também porque nas condenações cíveis não se colocam a disposição do réu as garantias processuais que este teria direito no juízo criminal (MORAES, 2004, p. 73).

Destaca também como, já que boa parte das condutas que dão ensejo à reparação extrapatrimonial são também tipificadas pelo direito penal, “abre-se, com o caráter punitivo, não apenas uma brecha, mas uma verdadeira fenda num sistema que sempre buscou oferecer todas as garantias contra o injustificável *bis in eadem*” (MORAES, 2004, p. 74).

Conclui no sentido que por mais que se possa logicamente admitir que o direito civil possui esporadicamente faceta punitiva (afinal, inegável existência de multas, por exemplo), o que se rechaça principalmente é a ausência de uma codificação e previsão legislativa, e as garantias para o réu daí decorrentes:

[...] no instituto da indenização punitiva não há tipicidade, nem a devida apuração de culpabilidade e nem tampouco a proporcionalidade entre a gravidade da culpa e a atribuição da penalidade, sendo tudo isto substituído pela mera e simples manifestação, fracamente motivada, do magistrado. Por mais civilizado que se possa parecer substituir a “satisfação da vingança” por uma pena pecuniária, o *modus operandi* do instituto não se compadece com a tutela que o ordenamento deve oferecer em juízos punitivos de qualquer espécie.

(MORAES, 2004, p. 74)

Por outro lado, Andrade (2009, p. 230) inicialmente ao abordar a questão da dicotomia (em capítulo, diga-se de passagem, intitulado *A relativização da dicotomia Direito Penal-Direito Civil*) considera justa a ponderação de Pizarro (2000 apud ANDRADE, 2009, p. 230): “A eficácia de uma instituição nunca pode ser indiferente ao homem de Direito, nem ficar relegada por razões dogmáticas ou por apego às tradições”.

Apresenta em seguida como essa dicotomia nada mais é que uma dimensão menor da tradicional (e imprecisa) dicotomia existente entre o Direito Público e o Direito Privado. E aqui empresta, curiosamente, um posicionamento da própria Maria Celina Bodin de Moraes, noutra obra (*A caminho de um Direito Civil Constitucional*):

[...] a separação do direito em público e privado, nos termos em que era posta pela doutrina tradicional, há de ser abandonada. A partição, que sobrevive desde os romanos, não mais traduz a realidade econômico-social, nem corresponde à lógica do sistema, tendo chegado o momento de empreender a sua reavaliação.

(MORAES, 1993 apud ANDRADE, 2009, p. 230)

Conclui afirmando que a interpenetração do direito público no privado e, por consequência, entre o Direito Penal e o Direito Civil “cria uma nova arquitetura para a responsabilidade civil, que deve ser vista como um conjunto ordenado de princípios e regras voltado para a tutela simultânea dos interesses do indivíduo e da coletividade” (ANDRADE, 2009, p. 231). [A autora por ele citada, porém, provavelmente não concordaria com tal analogia quanto a uma decorrência lógica entre a superação da cisão público-privado e penal-civil.]

2.1.5 A problemática do quantum indenizatório, sua destinação e a vedação ao enriquecimento ilícito

Não surpreendentemente, uma vez que se fala de um instituto que ganhou fama pela concessão de somas milionárias, os impasses acerca de sua aplicabilidade recaem justamente na determinação do *quantum* indenizatório que almeja cumprir a função punitiva (MORAES, 2004, p. 55).

Com efeito, destaca-se sua imprevisibilidade como uma das principais críticas que sofre o instituto, mesmo em seu país de origem, ao ponto que alguns o consideram como “fora de controle” (MORAES, 2004, p. 56).

Conforme se discutiu ao final do item 1.1 deste estudo, o método da mensuração dessa quantia, mesmo no estrangeiro, sempre se demonstrou elusivo, havendo extensas discussões jurisprudenciais na esteira do entendimento que uma aplicação excessiva poderia constituir violação expressa ao princípio do devido processo legal (ver *Mutual Life Insurance Co. v. Haslip*, 1991; *TXO Production Corp. v. Alliance Resources Corp.*, 1992; *BMW of North America, Inc. v. Ira Gore, Jr.*, 1996; *State Farm Automobile Insurance Co. v.*

Campbell, 2003). Alguns estados dos EUA inclusive ou baniram por completo a possibilidade de incorrência de uma indenização a esse título, ou aprovaram diretrizes mais estritas para sua determinação³⁷ (RUSTAD e KOENIG, 1993, p. 1270).

Há distinções naquele país até no que diz respeito ao procedimento a ser cumprido para a determinação desta quantia: enquanto alguns estados ainda operam na lógica de um procedimento unitário, onde a análise acerca do cabimento e mensuração da indenização a título compensatório e da indenização a título punitivo é feita em conjunto; a maioria vem promulgado estatutos que preveem que diferentes reinvidicações devem ser analisadas em momentos diferentes, efetivamente criando um espaço, posterior à determinação que é cabível uma indenização compensatória, em que discutem-se exclusivamente a aplicabilidade e mensuração da indenização punitiva, na prática criando um procedimento chamado bifurcado (KAUFMAN, 2003, p. 14-15).

Em seu exame acerca da dos critérios para fixação do valor da indenização punitiva, fosse esta aplicável pelo nosso direito, Andrade (2009, p. 299) concorda com esse entendimento da maioria dos estados dos EUA, abalizando:

Por razões não apenas de conveniência, mas de necessidade, a operação realizada para a fixação do *quantum* correspondente à indenização punitiva deve ser feita separadamente da realizada para a apuração do valor referente à indenização compensatória do mesmo dano. Essa separação é importante para garantir verdadeira transparência e efetivo controle sobre a adequação dos critérios utilizados e sobre a justeza da valoração efetuada pelo julgador. Possibilita-se a verificação do peso atribuído à compensação do dano e o conferido à reprovabilidade da conduta, permitindo, entre outras coisas, o exame da proporcionalidade da parcela punitiva em relação à parcela compensatória.

As discussões sobre uma possível violação ao processo legal não se restringem aos excessos nos valores concedidos, mas permeiam também o fato de os valores serem, em regra, arbitrados pela discricionariedade (por vezes irrestrita) de um júri (RUSTAD e KOENIG, 1993, p. 1275). Os defensores de uma reforma judicial da lei das *torts*, a exemplo de Dan Quayle (1992 apud RUSTAD e KOENIG, 1993, p. 1276), exprimem que para que se reduza a ameaça de vereditos temerários por parte do júri, a mensuração poderia ser feita de maneira bifurcada com os juízes, e não o júri, arbitrando os valores. Tomando isso como certo, essa problemática já estaria sanada pela nossa jurisdição, que não prevê tribunais de júri fora do processo penal.

³⁷ Por mais que a adoção de estatutos específicos ou a declinação de diretrizes estritas pareça uma solução lógica, há que se lembrar que se está falando de um sistema jurídico que, conforme previamente exposto, é conhecido por sua casuística, em detrimento da codificação expressa.

Resta então a problemática do enriquecimento ilícito. Para Andrade (2009, p. 275-277) a indenização por dano moral (e, por consequência, a indenização punitiva, vez que, para o mesmo autor, um dos requisitos de aplicação desta é justamente a existência de um dano mora) não se submete a essa regra, fundamentando tal posição na ideia que há uma comparação de bens de natureza distinta, na esteira do entendimento kantiano da distinção entre preço e dignidade³⁸. Para sedimentar sua posição, com a ressalva de que a autora originalmente abordava apenas a finalidade compensatória, exprime reflexões de Maria Celina Bodin de Moraes (2003 apud ANDRADE, 2009, p. 275-277), para quem:

[...] a sentença de um juiz, arbitrando o dano moral, é razão jurídica mais do que suficiente para impedir que se fale, tecnicamente, de enriquecimento injustificado.

[...] O enriquecimento, se estiver servindo para abrandar os efeitos nefastos de lesão à dignidade humana, é mais do que justificado: é devido.

Data vênua tal entendimento, já se demonstrou como em sua outra obra que discorre especificamente sobre a função punitiva, Moraes deixou claro que desaprova esta função, levantando problemas de ordem operacional, dentre os quais os suntuosos valores pagos às partes (MORAES, 2004). Resta então uma possibilidade de solução dessa problemática que sempre aparece como lógica: que o deferimento desse valor a título punitivo, vez que configura ressarcimento à sociedade, e não especificamente a parte envolvida no litígio, se dê justamente ao Estado.

Sobre isso, há bibliografia e registros até mesmo nos EUA, onde as posições convergem tradicionalmente ao Estado mínimo. Os estados começaram a introduzir estatutos contendo o chamado *split-recovery* desde meados de 1980, como parte de um movimento mais geral em prol da *tort reform*. O objetivo normativo principal dessas medidas era desencorajar litigantes de pleitearem pela indenização punitiva, ao reduzir o valor que receberiam dela. Um segundo objetivo normativo apontado era eliminar os *ganhos* alegadamente *inesperados*³⁹. Um terceiro e mais controverso objetivo era o de arrecadar fundos ao estado. Hoje em dia, oito estados (Alaska, Georgia, Illinois, Indiana, Iowa, Missouri, Oregon e Utah) contam com estatutos que contêm, em porcentagens diferentes (variando de 50% a 75%; a exceção de Illinois, que deixa plenamente a critério da corte), tal previsão (SHARKEY, 2003, p. 375-378).

³⁸ “Somente tem *preço* aquilo que pode ser substituído por um equivalente; o que não tem equivalência e está acima de todo o preço compreende uma *dignidade*” (ANDRADE, 2009, p. 275).

³⁹ No original: “*windfall gains*”. Não se entrará em minúcias, mas cumpre esclarecer que há inclusive certo paralelismo lógico entre a teoria do enriquecimento ilícito e algumas das críticas desenvolvidas acerca dos assim intitulados *windfall gains*.

Sobre este método no contexto jurídico brasileiro, concluem de maneira admirável Martins-Costa e Pargendler (2005, p. 24-25):

Há exemplo, no ordenamento, de um saudável meio termo entre o intento de tornar exemplar a indenização e a necessidade de serem observados parâmetros mínimos de segurança jurídica [...]: trata-se da multa prevista na Lei 7.347/85 para o caso de danos cuja dimensão é transindividual, como os danos ambientais e ao consumidor. Essa multa deve ser recolhida a um fundo público, servido para efetivar o princípio da prevenção, que hoje polariza o Direito Ambiental e é, também, diretriz a ser seguida nas relações de consumo.

Nesses casos, **o valor a ser pago punitivamente, não vai para o autor da ação, antes beneficiando o universo dos lesados e, fundamentalmente, o bem jurídico coletivo que foi prejudicado pela ação do autor do dano.** Porém, há similitudes com o que a doutrina anglo-saxã tem de positivo, sancionando pecuniariamente aqueles danos provocados por um apego tão excessivo à pecúnia que faz esquecer os interesses da sociedade. **Um fundo, criado por lei** – a gestão público do fundo e a destinação de seus recursos a uma finalidade coletiva, isto é, transindividual (e não individual, servindo a “indenização” para beneficiar exclusivamente vítima do dano), **parece ser o mais adequado caminho – se utilizado de forma complementar às demais vias sancionatórias do ilícito civil – para reger os danos típicos da sociedade industrial** sem que recaíamos – por vezes, por ingenuidade – nas armadilhas da desumanizante “lógica do mercado”.

(Grifou-se.)

2.2 Aplicação do instituto no Brasil


Uma vez ponderado sobre o que é o instituto, e sobre os diferentes níveis que a discussão doutrinária sobre a aplicabilidade dele vem suscitando, cumpre evidenciar como ele já vem sendo citado ou mesmo aplicado pelos juízes e tribunais brasileiros – parte, inclusive, da discussão (e crítica) doutrinária se pauta na análise desses casos.

Para fins desta pesquisa, o método exclusivo para obtenção dos resultados foi a utilização das consultas jurisprudenciais dos *websites* institucionais específicos de cada Tribunal ora analisado, sem restringir-se a um espaço de tempo determinado. O recorte metodológico foi feito centrando-se os esforços em consultar os três tribunais da região sul, os dois maiores da região sudeste, e o Superior Tribunal de Justiça.

Inicialmente, o levantamento se produz pela consulta através do emprego de três expressões específicas: “*punitive damages*”, “indenização punitiva” e “danos punitivos”, em tantos quanto forem os tipos possíveis de resultados (acórdãos do tribunal, decisões monocráticas, acórdãos de turmas recursais e despachos de vice-presidência, p.ex.).

Apresentar-se-ão então dois totais: um para tal consulta somente na ementa desses, e outro em relação ao inteiro teor; aonde for possível tal distinção⁴⁰.

Para fins estatísticos, portanto, segue uma imagem tabelando tais valores nos tribunais que se determinou a análise. Os valores simples registrados a direita de cada termo correspondem às ocorrências em pesquisas realizadas no inteiro teor dos acórdãos; abaixo desses, entre parênteses, estarão os valores que representam a quantidade das ocorrências nas consultas pelo termo somente em ementas:

<i>Punitive damages</i>	46 (4)	<i>Punitive damages</i>	113 (12)	<i>Punitive damages</i>	190 (13)
Indenização punitiva	15 (0)	Indenização punitiva	20 (0)	Indenização punitiva	128 (7)
Danos punitivos	2 (0)	Danos punitivos	15 (0)	Danos punitivos	10 (0)
STJ 		TJ-SC 		TJ-RS 	

<i>Punitive damages</i>	(45)	<i>Punitive damages</i>	857 (43)	<i>Punitive damages</i>	261 (15)
Indenização punitiva	---	Indenização punitiva	45 (3)	Indenização punitiva	104 (1)
Danos punitivos	---	Danos punitivos	23 (0)	Danos punitivos	23 (0)
TJ-RJ 		TJ-SP 		TJ-PR 	

Figura 1. Consulta jurisprudencial por tribunal.

Sem sombra de dúvida, a expressão mais utilizada ainda é em língua estrangeira, a exceção do tribunal do Rio Grande do Sul, que já traz um valor aproximado da denominação nacional do instituto.

Aproveita-se o ensejo para então consultar, nos tribunais regionais citados, a exceção do Rio de Janeiro⁴¹, as ocorrências da pesquisa pela expressão “*punitive damages*”,

⁴⁰ Destaca-se que o mecanismo de busca do TJ-RJ não conta com uma possibilidade de consulta no inteiro teor de todos os acórdãos, só no assunto/ementa, resultado que é então o único demonstrado.

⁴¹ Pela restrição do mecanismo de busca jurisprudencial acima assinalada.

separadas pelo intervalo de um ano em cada um deles, nos últimos dez anos, com fins de se poder tirar possíveis conclusões se há uma tendência crescente ou não de referências ao instituto. Seguem abaixo os resultados:

Tabela 1. Ocorrências do termo “*punitive damages*” na consulta ao inteiro teor de acórdãos e decisões monocráticas dos tribunais regionais em análise nos últimos dez anos.

	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012
TJ-SC	9	12	14	8	3	9	15	6	4	3
TJ-RS	4	1	10	12	3	7	7	7	71	68
TJ-PR	0	15	9	18	25	20	44	46	34	35
TJ-SP	8	8	14	61	52	44	70	100	179	300

Ou ainda, de forma gráfica:

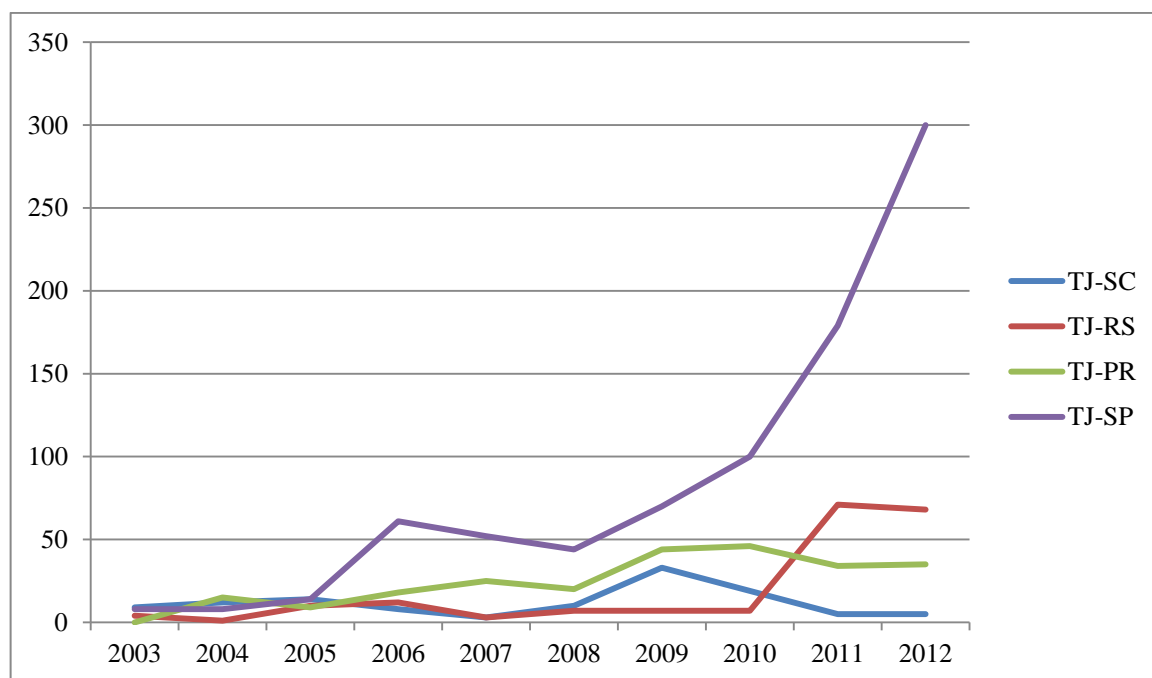


Gráfico 1.

A exceção do tribunal de Santa Catarina, que se mantém com um número de ocorrências similar neste intervalo de tempo, os outros tribunais, em especial o de São Paulo, demonstram uma clara tendência crescente nas ocorrências, em especial nos últimos dois anos.

Passa-se então a um diagnóstico mais detido sobre algumas dessas volumosas decisões. Com vistas justamente a um maior aprofundamento em detrimento da abrangência, opta-se pela dedicação aos tribunais da região sul, além dos tribunais superiores. O foco, também por uma necessidade de se restringir o escopo da análise, se dará principalmente nas

decisões que possuem o termo *punitive damages* (demonstrado supra como o mais popular) em suas ementas.

Cumpre esclarecer de prévio que o juízo de valor utilizado na crítica de cada uma dessas decisões pauta-se em sopesar os argumentos dos doutos magistrados com os parâmetros tradicionais do instituto, já estabelecidos em toda a primeira metade desse estudo. Comentários positivos e elogios denotam um entendimento e/ou aplicação adequados; o inverso sendo também válido. Assim sendo, não se emitirá, por exemplo, juízo de valor quanto a ainda corrente discussão sobre a (in)compatibilidade do instituto com o nosso direito, guardando-se tais considerações (de cunho pessoal) para a conclusão deste estudo.

2.2.1 TJ-SC

São oito os acórdãos que contemplam a expressão “*punitive damages*” em suas ementas no Tribunal de Santa Catarina.

Quatro delas tratam-se de apelações cíveis, de um mesmo relator: Des. Volnei Carlin. As duas mais antigas são um caso de cobrança indevida de um IPTU já pago, em que os particulares ajuizaram uma ação de danos morais contra seus respectivos municípios, e ganharam a causa no primeiro grau. Os municípios então apelaram, e o referido desembargador manteve a sentença de primeiro grau. O terceiro caso diz respeito a um acidente de trânsito envolvendo o ônibus do município de Xanxerê, que levou a apelada a ajuizar uma ação buscando a indenização pelos danos sofridos (dentre eles, morais e estéticos). Novamente negou-se provimento então à apelação do município. O último também envolveu a cobrança indevida, mas dessa vez de um débito fiscal, por parte do município de Araranguá. O resultado foi o mesmo das outras ações, na esteira do entendimento que a indenização por dano moral é cabível.

Já de início, se percebe que, faticamente, não se atenderam aos requisitos de conduta dolosa ou gravemente negligente necessários a uma aplicação condizente do instituto. Por que haveria de ter sido mencionado, portanto? Explica-se. Em todos os casos, quais sejam: AC nº 2000.019426-3 (TJSC, 2001)⁴², AC nº 2002.007879-0-SC (TJSC, 2002), AC nº

⁴² Nas citações diretas de jurisprudências nacionais, opta-se por seguir padrão estipulado pelo prof. Alejandro Knaesel Arrabal (2011), simplificando apenas a sigla dos diversos tribunais de justiça para economia de espaço. Nos casos em que haja mais de uma decisão num mesmo ano num mesmo local, também por orientação do

2002.020062-5-SC (TJSC, 2003) e AC nº 2004.006224-9-SC (TJSC, 2005), a ementa aparece com uma mesma redação, transcrita abaixo:

INDENIZAÇÃO - DANO MORAL - CRITÉRIOS DE FIXAÇÃO DA VERBA - DIREITO COMPARADO.

Para aferição dos fatores determinantes do prejuízo moral, deve o juiz, em se valendo da experiência e do bom senso (art. 335, CPC), aplicar o princípio *arbitrium boni viri*, exteriorizado pela doutrina e pela jurisprudência, nas circunstâncias do caso concreto (*case law*), na gravidade do dano, **nas condições do lesante e do lesado** (*punitive damages, como no direito da Comonn [sic] Law*) e nas demais causas eficientes na produção da ofensa, sendo a indenização proporcional ao agravo sofrido (art. 5º, V, CRFB) e apta a servir de elemento de coerção destinado a frear o ânimo do agressor, impedindo, desta forma, a recidiva.

(Grifou-se.)

Como se pode perceber, há a confusão de conceitos já ventilada no item 2.1.3 deste estudo. Poder-se-ia tentar defender o argumento do desembargador como uma mera comparação em relação àquelas também contempladas similares formas de determinação de um *quantum* indenizável, entre o método na indenização do dano moral e na indenização punitiva. Mas mesmo essa tentativa seria falha, pois, diferentemente do caráter punitivo do dano moral, na avaliação de um valor cabível à indenização punitiva não se leva em consideração a condição econômica do autor do lesado, somente a do lesante (OWEN, 1988, p. 731).

Sobre o porquê disso, esclarece Andrade (2009, p. 303):

Já a *situação socioeconômica da vítima* não deve ser considerada na fixação do montante da indenização punitiva. A uma, porque não contribui para o alcance dos efeitos punitivo e preventivo da indenização. Ao contrário, do ponto de vista estritamente racional, a consideração acerca da situação econômica da vítima culmina por reduzir a eficácia punitiva/preventiva da sanção em relação às vítimas de menor poder econômico, que, em comparação com as de maior poder econômico, ficam mais sujeitas a ataques a seus interesses não patrimoniais. A duas, porque constituiria critério discriminatório, à medida que conferiria valor maior aos atributos personalíssimos ou interesses imateriais das vítimas de maior poder aquisitivo, mais abastadas ou pertencentes a classes econômicas mais favorecidas, em detrimento de outras economicamente mais modestas.

Destaca-se, porém, que as condições pessoais da vítima, que pudessem influenciar na mensuração de, por exemplo, a gravidade do dolo (no caso de termos uma vítima com algum retardo mental de quem o lesante tirou proveito); essas sim poderiam ser levadas em consideração, mas apenas para tal fim (ANDRADE, 2009, p. 304-305).

professor, acrescentar-se-ão letras após o número, referentes à posição da jurisprudência nas referências bibliográficas, que estão ordenadas pela data do julgamento de cada sentença (as mais antigas primeiro).

Já os outros quatro acórdãos que trazem a expressão “*punitive damages*” em sua ementa no TJ-SC são também apelações cíveis, desta vez do relator Wilson Augusto do Nascimento.

Esses, a despeito de suas peculiaridades específicas, irrelevantes para a apreciação em tela, abordam também casos de indenização por dano moral em que esta foi concedida. Como no exemplo anterior, a argumentação utilizada pelo desembargador é exatamente a mesma em todos. São estes: AC nº 2007.034951-8 (TJSC, 2008), AC nº 2005.022932-0 (TJSC, 2009c), AC nº 2008.002463-3 (TJSC, 2009d) e AC nº 2007.007617-2 (TJSC, 2009e), e transcreve-se excerto relevante tirado das ementas:

Na fixação do *quantum* indenizatório, o magistrado deve sopesar a situação financeira das partes, o abalo experimentado pela vítima, a duração do dano, a fim de proporcionar uma compensação econômica para esta, sempre em **atenção ao caráter pedagógico-punitivo da medida (teoria do punitive-damages)**, impedindo a prática de tais ilícitos.

Mais uma vez, está-se diante problema do conflito de conceitos explorado no item 2.1.3. No estado, portanto, dos oito casos que mencionam diretamente os *punitive damages* em sua ementa, os oito o fazem de forma equivocada; daí a premente necessidade de maior construção doutrinária sobre o tema em língua portuguesa para evitar tais equívocos.

Em relação aos outros casos do estado, cumpre mencionar que de todos os 81, o recorde de menções à expressão no corpo de suas decisões é do des. Newton Trisotto, com quase metade delas, surpreendentes 39. Em sua decisão mais recente, publicada em 2010, no caso AC nº 2009.035153-3 (TJSC, 2010), observou o seguinte:

c) "a justificativa da natureza punitiva da condenação por dano moral, não deve ser aceita, **isto porque a Teoria do Desestímulo, espelhada no *punitive damages* do Direito Norte-Americano, tem recebido duras críticas da doutrina pátria**, na tentativa de afastar indevidas investidas de enriquecimento ilícito";

No ano anterior, nos casos AC nº 2008.072470-2 (TJSC, 2009a) e AC nº 2009.030948-6-SC (TJSC, 2009b), ele houvera feito outra colocação (esta repete-se nos dois casos), a saber:

Manifestação da lavra do Bel. Sérgio Pinheiro Marçal, advogado de São Paulo e feito publicar na R.T.D. (Revista do 3.º Registro de Títulos e Documentos de São Paulo - Registrador José Maria Siveiro), **ao analisar a 'Teoria do Valor do Desestímulo' afirma que a falta de previsão legal tem permitido a incorreta aplicação do instituto do dano moral**, gerando distorções. **Alude à mesma doutrina, adotada no sistema jurídico americano com o nome de *punitive damages***, porquanto está se tornando 'um verdadeiro fator de desagregação da sociedade americana, onde os cidadãos tendem cada vez mais a afastar sua própria responsabilidade para imputá-la a terceiros. Cada vez menos as pessoas assumem os

próprios erros ou opções, preferindo transferir a responsabilidade de seus atos a terceiros e obter algum dinheiro com isso' (n 126, setembro de 1997).

A despeito do mérito da crítica do segundo excerto, ao menos o paralelo e a analogia aqui são corretos: a teoria do valor do desestímulo foi anteriormente introduzida no item 2.1.2, e o desembargador restringe-se a afirmar que esta é espelhada na ideia dos *punitive damages*, não que se tratam da mesma coisa. Na contramão das decisões anteriores, o desembargador, porém, é perceptivelmente contrário à utilização da função punitiva do dano moral, não a aplicando em suas decisões na determinação de um *quantum* indenizatório.

2.2.1 TJ-RS

Passa-se ao diagnóstico das decisões do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, considerado por ampla maioria dos juristas como vanguardista. Aqui, foram treze as ocorrências da expressão “*punitive damages*” em ementas.

As três primeiras datam de 2003 (as duas primeiras, inclusive, julgadas num mesmo dia), e são do relator João Batista Marques Tovo.

Dessas, a primeira, AC nº 70001991314 (TJRS, 2003a), cuida do caso da inscrição indevida do réu no SPC/SERASA por parte do Banco Bradesco S/A. O autor da ação requereu uma indenização a título de danos materiais (no valor equivalente ao valor de um crédito rotativo negado) e a título de danos morais. Não produziu provas, porém, o que levou o desembargador a manter a sentença no sentido que os danos materiais não poderiam ser reconhecidos. Porém, quanto aos danos morais destacou o desembargador que possuem caráter *in re ipsa*⁴³ e que diante da falta de explicação da ré, o que demonstraria que esta é relapsa quanto a fatos sabidamente danosos a terceiros, eram então devidos. Porém, foi além:

A circunstância chama aplicação da teoria dos *punitive damages*. Carece que o valor da indenização sirva de estímulo à correção das falhas em suas praxes e procedimentos, para que se garanta trato mais cuidadoso e pessoal a questões de tanta relevância individual.

Considero extremamente grave o fato em si. Tenho afirmado que a inscrição do nome do devedor em mora em bancos de dados de consumidores constitui ato difamatório (art. 139 do Código Penal) que a lei torna excepcionalmente lícito em prol do interesse comum, ou seja, entre o interesse público de maior confiança nas relações de crédito comercial e o interesse privado de preservação do bom nome, opta-se pelo enorme benefício do primeiro, admitindo o mal menor em prejuízo do interesse individual. [...]

⁴³ Tipo de dano presumido, que independe de comprovação.

Não estou a dizer com isso que o banco haja cometido ilícitos penais, até porque não se cogita da ocorrência de dolo. O que busco é dar a exata dimensão da gravidade da conduta e da culpa. Ora, se o registro em banco de dados de consumidor é fato essencialmente difamatório excepcionalmente tornado lícito, se no plano individual ele só produz malefícios e não traz ganhos palpáveis, ou esses são moralmente ilegítimos, o credor deve ter muita cautela ao exercer essa faculdade, justamente o que não houve aqui. No caso dos autos, o fato é **especialmente grave** porque desrespeitada ordem judicial previamente comunicada. Se a ré não estava autorizada ao registro no caso concreto, houve difamação. O que se percebe é um total descontrole sobre rotinas internas potencialmente maléficas a interesses individuais de terceiros e uma atitude imperial de pouco caso para com os direitos do consumidor de crédito e, até mesmo, para com ordens judiciais.

[...] Ao que tudo indica, a inscrição foi produto de uma rotina mecânica e impessoal, por isso mesmo sem sentido e falha no caso dos autos.

Penso que a doutrina dos *punitive damages* tenha aplicação ao caso concreto. Se o custo da falha para o banco for pouco significativo, ele não receberá estímulo suficiente para corrigir as falhas e continuará a causar danos individuais de modo indiscriminado e imperial.

[...] POSTO ISSO, dou provimento em parte ao recurso de MAGNO CARLOS CARDOSO e **julgo parcialmente procedente a ação** por ele movida contra BANCO BRADESCO S/A **para o fim de condenar a ré a pagar-lhe vinte e quatro mil reais (R\$ 24.000,00), a título de danos morais**, valor a ser corrigido pelo IGP-M desde esta data e acrescido de juros de mora de seis por cento ao ano a contar da citação e de doze por cento ao ano a contar da vigência do novo Código Civil Brasileiro.

(Grifou-se.)

Depara-se com uma aplicação expressa da indenização punitiva em seu intuito original, visando punir e dissuadir a conduta. Cumprindo os ditames do instituto, o juiz faz uma valoração da conduta, e apesar de crer não haver dolo, afirma haver uma culpa especialmente grave, o que satisfaz o padrão de conduta. A aplicação pareceria, a primeira vista, condizente.

Surge, entretanto, a problemática no que diz respeito à produção de provas. Por mais que os danos morais a dispensem, dada a gravidade necessária de uma conduta para o deferimento da indenização punitiva – que, vale lembrar, tem correlação lógica com uma conduta quase criminal, seara jurídica em que jamais deve haver presunção fática –, é de se constatar que tal requisito seja, na melhor das hipóteses, mínimo, para a aplicação da indenização punitiva.

Por fim, falhou a análise do juiz em não considerar que a indenização punitiva é um tipo próprio de remédio judicial, e não uma mera teoria incidente sobre o dano moral, e

que, dessa forma, em nosso sistema, em respeito ao princípio da inércia ou demanda⁴⁴, só poderia ser concedido se pleiteado pela parte. Caso não tenha ficado claro para mera leitura do excerto, o juízo em segundo grau teria então deferido tal indenização de ofício, deslegitimando de vez a aplicação da doutrina.

Já o segundo acórdão, julgado no mesmo dia, tem caso basicamente igual, mudando-se apenas as partes, tratando-se do Banco do Brasil, sendo destarte cabível a mesma crítica. Aqui, na AC nº 70003050531 (TJRS, 2003b), proferiu-se:

1. Presume-se a existência de danos morais em razão de indevida inscrição do nome do devedor em bancos de dados de consumidores. **Trata-se de dano *in re ipsa*, que dispensa prova.**
2. É pacífica a orientação jurisprudencial no sentido de que o valor da reparação no dano moral deve ser arbitrado pelo juízo e não, postergada para liquidação de sentença.
3. O valor do crédito inscrito deve ser considerado, mas não serve de baliza para a fixação do valor da reparação.
4. **A doutrina dos *punitive damages*, abrandada pelas peculiaridades da cultura nacional, deve ser aplicada quando se verifica falha de serviço decorrente de tratamento impessoal e descuidado no exercício de faculdade nociva ao interesse individual de terceiros e sem ganhos para instituição de porte considerável.**

[...]

O que diz o Banco? Não sabe explicar o que houve, demonstrando total descontrolo sobre processo decisório de tanta relevância. Como já disse antes, isso aumenta a responsabilidade do Banco. **Penso ser caso típico de aplicação da doutrina dos *punitive damages*, timidamente importada do direito norte-americano. O desmazelo flagrante, a [sic] impessoalidade no trato de questão tão relevante para o consumidor de crédito, o desrespeito a ordem judicial e a falta de explicações revelou que, para o Banco, é mais barato suportar os riscos da falha em seus serviços do que corrigi-los.** A nossa tradição, porém, não é a mesma da peculiar sociedade americana. Não se tem admitido no Brasil que a indenização promova um enriquecimento sem causa do ofendido.

Em busca de critérios para a fixação do valor, penso tê-los encontrado no Código Penal. É muito apropriado pois, se a inscrição é essencialmente difamatória e não estava legitimada no caso concreto, deve ser aplicada à doutrina dos *punitive damages*, ainda que não com a extensão do direito americano.

(Grifou-se.)

Só cabe uma ressalva para além, que neste caso ele menciona ter usado o Código Penal como fonte, numa situação em que novamente não houve mínima produção de prova. A indenização foi arbitrada na mesma soma que no caso anterior, R\$24.000,00.

⁴⁴ Nome doutrinário do ideário positivado pelo art. 2º do Código de Processo Civil (BRASIL, Lei nº 5.869, 1973): “Nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e forma legais”.

No terceiro e último caso por ele julgado, AC nº 70005349865 (TJRS, 2003c) a situação fática é a de um contrato de seguro que não se pagou integralmente o devido valor da indenização pela ocorrência do fato segurado. Para além da inobservância do contrato, entendeu-se, porém, que a seguradora, Bradesco Seguros S/A, procedeu recorrentemente a atitudes arbitrárias visando especificamente coibir o segurado do acesso ao que deveria ser seu por direito. Aqui os danos materiais (a cobrança da diferença) foram deferidos em conjunto com os danos morais decorrentes da conduta descrita, e a indenização punitiva foi então mencionada quase num adendo ao valor da indenização deferida, de maneira bem mais sucinta que observado anteriormente:

Atendidos aqueles critérios e esses princípios tenho que é justo fixar em R\$ 78.500,00, considerando todos os pontos expostos.

Acrescento apenas um argumento. **Algumas seguradoras têm o mau hábito de empregar artifícios contábeis, entre outros, para aviltar o valor da indenização** e, assim, forrar seus cofres com as sobras. **Esta circunstância reclama aplicação da teoria dos *punitive damages*. É preciso desencorajar a repetição de semelhantes condutas através de indenizações consideráveis.** O valor pode parecer excessivo, mas é inferior ao capital segurado devidamente corrigido e penso que as circunstâncias do caso concreto autorizam sua fixação nesse patamar.

(Grifou-se.)

A próxima menção, AC nº 70013361043 (TJRS, 2006), tem fulcro numa ação de indenização por danos morais por conta de um anúncio inverídico à honra da autora vinculado no site da ré, a empresa Terra. Diferentemente dos anteriores, houve o pleito pela indenização punitiva. Pronunciou-se o desembargador Artur Arnildo Ludwig da seguinte forma:

4 – Valor da Indenização que atendeu o caráter punitivo-pedagógico ao ofensor e compensatório à vítima pelo dano sofrido. Ademais, para o arbitramento do dano moral deve-se levar em conta as condições econômicas da vítima e do ofensor. **Inaplicabilidade do instituto norte-americano do *punitive damages*.** Aplicação ao caso dos critérios para aferição do quantum a indenizar em consonância com o instituto da responsabilidade civil do direito brasileiro.

[...]

Registro, ainda, que a **alegação de que se trataria na hipótese de aplicação do instituto norte-americano do *punitive damages*, tendo em vista que o valor fixado na sentença teria caráter punitivo, não merece prosperar.**

Efetivamente, **inviável na ordem jurídica brasileira a aplicação do referido instituto**, por motivos que não cabe aqui adentrarmos. **Todavia**, não creio ter sido essa a conotação dada na fixação do valor da indenização. Isso porque **na esfera do instituto brasileiro de responsabilidade civil temos** critérios para tornar a quantificação do valor da indenização o mais objetivo possível, e dentre esses critérios está justamente **o caráter punitivo. Por óbvio, são coisas diferentes, institutos diferentes, que não podem ser confundidos.**

(Grifou-se.)

Belo exemplo, a argumentação do julgador, em não incorrer na mesma confusão vista recorrentemente no TJSC.

Dois anos mais tarde, Osvaldo Stefanello na relatoria do acórdão AC nº 70018626622 (TJRS, 2008), que discutia também uma indenização a título de danos morais requerendo-se a indenização punitiva:

De registrar, ademais, ante os argumentos apologéticos em favor do instituto norte-americano do *punitive damages* ostentados pela autora em suas razões recursais, afigurar-se, atualmente, inviabilizado pelo ordenamento jurídico brasileiro (em que pese existir controvérsias tanto no âmbito doutrinário como jurisprudencial acerca do possível caráter punitivo da indenização aferida a título de danos morais no Brasil), que se atém à avaliar a extensão do dano e sua compensação, procurando nunca extrapolar o real prejuízo sofrido pela vítima, seja ele material ou moral. [...]

Assim, o caráter punitivo das indenizações por danos morais no Brasil guarda semelhança com os "*punitive damages*" do direito norte-americano, mas deles se distingue na forma de aplicação, na substância e na eficácia, até mesmo porque nos EUA, a maioria das disputas jurídicas são resolvidas de maneira prática, sem o abarrotamento dos tribunais com os processos tradicionais, em vista da discricionariedade conferida aos júris populares, que, de ressaltar, vem sofrendo severas críticas tanto pela doutrina como jurisprudência, ante a ocorrência de distorções na fixação dos danos punitivos, que extrapolam o bom senso, havendo já estudos no sentido de tentar combater a verdadeira indústria de indenizações que parece ter se instalado em território americano, onde a "teoria do valor do desestímulo" assumiu contornos de verdadeira aberração jurídica, facilmente constatada pelos inúmeros casos de indenizações milionárias decorrentes dos fatos mais triviais e inusitados.

Infeliz aqui a tradução feita pelo douto magistrado, da expressão "*punitive damages*" pra sua forma já antes percebida como incorreta (vide item 1.1.1 desta monografia). Data vênua, infeliz também a colocação quanto a suposta crise litigiosa que vem se disseminando nos EUA, sabidamente produto muito mais de construção midiática que de análise concreta do volume de ações e concessões da indenização punitiva (HOT Coffe, 2011). No mais, impecáveis conclusões conceituais.

Já em 2009, surge um caso bastante interessante. Trata-se da AC nº 70030012827 (TJRS, 2009a), de relatoria da des. Iris Helena Medeiros Nogueira. A ação originária continha o deferimento do juiz de primeiro grau de uma cifra milionária a título de indenização punitiva, em favor do Fundo de Reaparelhamento do Judiciário. A desembargadora tirou as seguintes conclusões:

APELAÇÃO CÍVEL. INEXISTÊNCIA DE DÉBITO. CADASTRAMENTO INDEVIDO. DANO MORAL. SENTENÇA ULTRA PETITA. INAPLICABILIDADE DO INSTITUTO DO PUNITIVE DAMAGES, VIGENTE NO DIREITO NORTE-AMERICANO. VALOR DA INDENIZAÇÃO. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. MULTA DO ARTIGO 475-J CPC.

1. A sentença não é fora do pedido – extra petita -, mas além do pedido – ultra petita

-. O julgador de primeiro grau optou por aplicar o instituto do “punitive damages”, vigente no Direito Norte-Americano. O caráter punitivo-pedagógico como um dos critérios aferidores do valor do dano moral não se confunde com o instituto do “punitive damages”, vigente, como dito, no Direito Norte-Americano mas não aqui, neste país. Não é caso de nulidade, cabendo simplesmente a extirpação da parte excedente, qual seja, a condenação ao pagamento de R\$ 4.500.000,00 (quatro milhões e quinhentos mil reais) ao FRPJ – Fundo de Reparelhamento do Poder Judiciário. [...]

Da alegação de nulidade da sentença porque extra petita: com efeito, a parte autora, na petição inicial, narrou a ocorrência de cobranças indevidas e de inscrição indevida de seus dados em róis de inadimplentes, pedindo, então, a declaração de inexigibilidade da dívida, a exclusão das anotações negativas e a condenação da ré ao pagamento de indenização por danos morais. A decisão a quo, no entanto, julgando procedentes os pedidos, além de declarar a inexistência do débito, determinar o cancelamento dos registros negativos e condenar a ré ao pagamento de indenização por danos morais à autora, no valor de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), condenou-a ao pagamento de R\$ 4.500.000,00 (quatro milhões e quinhentos mil reais) ao FRPJ - Fundo de Reparelhamento do Poder Judiciário.

A toda evidência, o julgador de primeiro grau, definindo a indenização em tais moldes, optou por aplicar o instituto do “punitive damages”, vigente no Direito Norte-Americano. Ora, o caráter punitivo-pedagógico como um dos critérios aferidores do valor do dano moral não se confunde com o instituto do “punitive damages”, vigente, como dito, no Direito Norte-Americano mas não aqui, neste país.

A sentença, desse modo, não é fora do pedido – extra petita -, mas além do pedido – ultra petita -. Não é, pois, nula, cabendo simplesmente a extirpação da parte excedente, qual seja, a condenação ao pagamento de R\$ 4.500.000,00 (quatro milhões e quinhentos mil reais) ao FRPJ.

No mesmo ano, mas proveniente de outra comarca, temos caso similar, a AC nº 70027155902 (TJRS, 2009b). Aqui também fora deferido de ofício em primeiro grau uma indenização punitiva (substancialmente menor que a anterior, R\$10.000,00) a fundo assistencial. Apelado pelo réu, em sede de acórdão, o des. Jorge Alberto Schreiner Pestana cuidou de recapitular parte da bibliografia concernente ao tema, citando excertos de Martins-Costa e Pargendler, aquiescendo à divergência doutrinária. Decidiu, por fim:

Passado o ato introdutório, no que diz respeito a aplicabilidade do instituto alienígena, tenho que sua melhor interpretação não se coaduna ao caso em comento.

Conforme exemplos e diretrizes adotadas (Ford Corporetaion v. Grimshaw; Texaco v. Pennzoil) a balizar a sua aplicação, este instituto seria aplicado como forma de penalizar o infrator para que este restituísse a parte lesada em montante pecuniário acima daqueles normalmente arbitrados a título indenizatório, tudo com o intuito de transportar um caráter pedagógico e coercitivo à condenação, a fim de que o fornecedor (aqui em sentido amplo) não mais pratique condutas lesivas aos consumidores.

Ou seja, a sua essência está em reprimir a reincidência de condutas lesivas à coletividade, porém “beneficiando” a parte lesada que ingressou em juízo pleiteando a referida indenização.

A tese aqui lançada pela Douta Juíza é admirável, porém não apresenta guarida nas pretensões postuladas pela parte autora, eis que condenou a ré ao pagamento de indenização a fundo assistencial sem que houvesse pedido para tanto. [...]

Não se desconhece das evoluções em matéria referente às relações de consumo, tendo inclusive apoio por este Julgador de questões que beneficiem a sociedade em geral, porém a sua aplicação deve ser concedida, in casu, quando expressamente postulado pela parte autora para que a condenação seja revertida à coletividade. [...]

Destarte, estou por afastar parte da sentença que condenou a ré ao pagamento de indenização por danos morais a título de punitive damages, por não encontrar guarida a decisão como lá fora estabelecido.

As outras seis decisões restantes que contém a expressão “*punitive damages*” em sua ementa do estado são todas de relatoria da des. Iris Helena Medeiros Nogueira, cinco delas sendo inclusive julgadas tão recentemente quanto o ano passado.

A primeira delas, AC nº 70041780743 (TJRS, 2011), contudo, é de 2011, e trata de um caso em que a indenização punitiva foi pleiteada pela parte autora, mas seu pedido não foi analisado pelo juiz de primeiro grau, alegando então em sede de apelação que a sentença teria sido *citra petita*. Sem adentrar no mérito da aplicabilidade, a desembargadora dá provimento a apelação, ordenando a remessa dos autos à origem para que se pronuncie sobre o que não o fez.

As quatro seguintes são duas apelações – AC nº 70048328033 (TJRS, 2012a) e AC nº 70048328033 (TJRS, 2012a) – seguidas por dois agravos, respectivamente referentes aos casos das duas apelações: Agravo nº 70048706709 (TJRS, 2012c) e Agravo nº 70048758718 (TJRS, 2012d). Nos agravos a desembargadora faz menção aos acórdãos das apelações, e por isso a ementa se manteve, embora não discutam efetivamente nada correlacionado com o instituto. Já nas apelações, ambas provenientes de uma mesma comarca, são casos em que a parte autora veio a requisitar majoração dos danos morais deferidos no primeiro grau combinados com a indenização punitiva. A decisão da magistrada é igual em ambos, portanto:

2. O pedido formulado na inicial foi a condenação ao pagamento de indenização por danos morais pela inscrição indevida. Daí que o pedido de indenização punitiva (*punitive damages*) constante no apelo trata-se de inovação em sede recursal e, como tal, não será conhecido. Apelo conhecido em parte. [...]

A pretensão foi julgada procedente na origem. A parte autora apela requerendo a reforma do julgado – majoração da indenização por danos morais e dos honorários advocatícios e alteração do termo inicial de incidência de juros de mora-, além do pagamento de indenização punitiva (*punitive damages*).

Nesse diapasão, não deve ser conhecido o recurso de apelação em relação ao pedido de indenização punitiva (*punitive damages*) por configurarem evidente inovação recursal não admitida pelo ordenamento jurídico; não tendo sido tal questão suscitada como causa de pedir na petição inicial, é defeso à parte autora suscitá-la posteriormente, em sede recursal, sob pena de afronta aos princípios da eventualidade, do contraditório e da ampla defesa.

Por último e mais recente, em 18/07/2012, na AC nº 70049132731 (TJRS, 2012e), pondera litígio entre a Oi / Brasil Telecom e um particular, em que se requereram *punitive damages* pela cobrança por parte da empresa de serviços não prestados. Citando jurisprudência de mérito prévia do próprio tribunal (os acórdãos de Osvaldo Stefanello, Artur Arnildo Ludwig e dela própria, já apresentados aqui), indefere o pedido da indenização punitiva.

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. INCLUSÃO / COBRANÇA INDEVIDA DE SERVIÇOS NÃO CONTRATADOS EM FATURA DE TELEFONIA. INSISTÊNCIA NO ILÍCITO, MESMO APÓS CHAMADAS AO CALL CENTER. DANO MORAL. DEVER DE INDENIZAR. PUNITIVE DAMAGES. MULTA. INAPLICABILIDADE. HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA. [...]

II – PUNITIVE DAMAGES. Inaplicabilidade. Ausência de previsão no ordenamento pátrio. [...]

A parte autora pretende, ainda, a fixação de indenização (“multa”) a título de aplicação do instituto do *punitive damages*.

A toda evidência, o caráter punitivo-pedagógico como um dos critérios aferidores do valor do dano moral não se confunde com o instituto do *punitive damages*; entretanto, o instituto, embora vigente no Direito Norte-Americano, é estranho ao ordenamento pátrio. [...]

Por isso, mantenho a improcedência, no ponto.

2.2.3 TJ-PR

No Tribunal de Justiça do Paraná, por sua vez, foram quinze ocorrências da expressão “*punitive damages*” na pesquisa jurisprudencial em ementas.

A primeira delas, razoavelmente antiga perto das outras que até agora se viram, é de 1998. Tendo como o relator Jesus Sarrão, a AC nº 64041-5 (TJPR, 1998) trata-se de uma indenização por danos morais e estéticos, o desembargador avaliando o seguinte:

Na fixação do valor da indenização hão de ser consideradas também, as condições pessoais do ofendido e as posses do ofensor. Não é que a dor moral seja maior ou menor segundo a posição social ou o meio em que vive o ofendido, mas todos esses fatores, ligados a outros, tem de ser considerados na composição do quantum.

Como doutrina Carlos Alberto Bittar, em Tribuna da Magistratura, Caderno de Doutrina/julho 96, pág. 35 **Levam-se, em conta, basicamente, as circunstâncias do caso, a gravidade do dano, a situação do lesante, a condição do lesado, preponderando, a nível de orientação central, a idéia de sancionamento ao lesante (ou *punitive damages*, como no direito norte-americano).** Com efeito, a reparação dos danos morais exerce função diversa daquela dos danos materiais. Enquanto estes se voltam para a recomposição do patrimônio ofendido, através da aplicação da fórmula danos emergentes e lucros cessantes (C. Civil, art. 1059),

aqueles procuraram oferecer compensação ao lesado, para atenuação do sofrimento havido. De outra parte, quanto ao lesante, objetiva a reparação impingir-lhe sanção, a fim de que não volte a praticar atos lesivos à personalidade de outrem.

(Grifou-se.)

A menção é sucinta, mas parece enquadrar-se num dos casos da confusão conceitual entre o caráter pedagógico-punitivo da indenização por danos morais com o instituto da indenização punitiva. Até mesmo pelo valor final deferido pelo magistrado: R\$6.000,00.

A próxima ocorrência é de 2004. O caso é da cobrança indevida de uma duplicata, e posterior inscrição do autor da ação no SERASA. Este ajuizou então ação pleiteando por danos patrimoniais e extrapatrimoniais. Em primeiro grau, foi-lhe deferida a soma de R\$13.000,00. O réu então apelou, asseverando que o valor era exorbitante. A ementa completa do acórdão AC nº 245903-2 (TJPR, 2004), de relatoria de Miguel Kfoury Neto aborda o que interessa a este estudo:

ACÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - EMISSÃO EQUIVOCADA DE DUPLICATA - PROTESTO DO TÍTULO E INSCRIÇÃO NO SERASA - INEXISTÊNCIA DA DÍVIDA - BASTANTE A INSCRIÇÃO IMOTIVADA EM CADASTROS RESTRITIVOS PARA CARACTERIZAR DANO MORAL - COMPENSAÇÃO DEVIDA - QUANTIFICAÇÃO EXACERBADA - REDUÇÃO PARA R\$6.000,00 (SEIS MIL REAIS) - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. A importação das "punitive damages" norte-americanas - a punição exemplar, preço do desestímulo, danos punitivos - é matéria a ser apreciada com muita ponderação, no âmbito do Direito Civil brasileiro.

2. Não obstante essa função exemplar - ou profilática - dos danos morais ser admitida pelos nossos Tribunais, necessário - também entre nós - evitar-se a denominada loteria forense; impedir ou diminuir a insegurança e a imprevisibilidade das decisões judiciais; inibir a tendência hoje alastrada da mercantilização das relações existenciais.

3. "**A função punitiva** representa atualmente um grande incentivo à malícia; 'corre solta', sem critérios, já que proveniente apenas da maior ou menor sensibilidade de cada magistrado; os mais conscienciosos ainda a justificam, mas a maioria dos juízes, por indicação inclusive do STJ, não separa a compensação da punição. Na verdade, tal como construído o sistema da reparação, a diferenciação entre compensação e punição poderia acabar por comprometê-lo ainda mais; no entanto, não parece razoável que alguém seja punido, através de sanção pecuniária, sem que tenha como saber o valor da penalidade infligida. Para que a sanção fosse expressiva e pudesse atingir qualquer uma das tantas funções que lhe são atribuídas, tais como a de prevenção, de exemplo ou de desestímulo, seria mais do que desejável que a parcela respectiva fosse adequadamente destacada. (...)" (MARIA CÉLIA [sic] BODIN DE MORAES, "Danos à Pessoa Humana - Uma Leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais", Rio de Janeiro : Renovar, 2003, pp. 328-329.)

(Grifou-se.)

Pois se embasando nos ensinamentos de Maria Celina Bodin de Moraes, confunde os conceitos apresentados pela autora, ou no mínimo faz um chamamento desnecessário ao instituto da indenização punitiva num caso onde esta não havia sido previamente aludida.

Curioso ressaltar como esta segunda é também a penúltima menção ao instituto por outra câmara que não a Nona Câmara Cível. A exceção da mais recente, todas as outras doze decisões doravante analisadas são dela provenientes.

Inclusive, a próxima é a primeira que aparece aqui de relatoria da des. Rosana Amara Girardi Fachin, que figura com a maior quantidade de ocorrências dentre essas: oito. A primeira delas foi em 2007, na AC nº 375480-5 (TJPR, 2007a), outro caso de inscrição indevida em cadastro de inadimplentes que gerou eventual pedido por indenização de danos morais:

O caso sub judice comporta inteira aplicação da teoria dos *punitive damages*. Para além de apenas reparar o sofrimento da vítima, torna-se necessário, para garantir a credibilidade do sistema de responsabilização civil, atribuir ao ofensor uma espécie de reprimenda, por meio da qual seja possível inibir a prática de condutas semelhantes.

Ademais, em se fixando um valor pequeno a título de indenização por dano moral, muitas vezes o cometimento do ilícito torna-se vantajoso ao ofensor, pois sua conduta nem sempre será reprimida, e quando ocorrer, o valor não servirá como desestímulo a práticas semelhantes, não abarcando a responsabilidade civil como uma das formas de proteção efetiva ao consumidor, de acordo com o escopo introduzido pelo artigo 6º, inciso VI do Código de Defesa do Consumidor.

No magistério de André Gustavo Corrêa de Andrade:

"Ao lado da tradicional função de reparação pecuniária do prejuízo, outras funções foram idealizadas para aquela disciplina. Avulta, atualmente, a noção de uma responsabilidade civil que desempenhe a função de prevenção de danos, forte na idéia de que mais vale prevenir que remediar. (...)

O propósito geral dessa espécie de indenização é o de punir o ofensor, estabelecendo uma sanção que lhe sirva de exemplo para que não se repita o ato lesivo, além de dissuadir comportamentos semelhantes por parte de terceiros"

Apesar de mencionar especificamente o trabalho de Andrade, usado também como uma das bases do presente estudo, novamente a aplicação dá-se de forma indevida – chamando-se ao instituto por conta de suas duas funções principais, sem maior atenção ou cuidado com seus tantos outros ditames e peculiaridades. E mesmo no que diz respeito a essas funções, tratando-se a empresa ré da Brasil Telecom, não é difícil afirmar que o valor deferido ao final a título de danos morais (R\$5.000,00) não é o suficiente para cumprimento delas.

Já na segunda metade de 2007, temos o caso AC nº 428799-8 (TJPR, 2007b), com relatoria do des. Antonio Ivair Reinaldin. Mais uma vez, inscrição indevida em cadastro de inadimplentes. Desta vez, o réu era o Banco do Brasil. Julgou o desembargador:

Com relação à majoração do dano moral, contudo, tem razão o Apelante (1).

O caso sub judice comporta inteira aplicação da teoria dos *punitive damages*. No magistério de André Gustavo Corrêa de Andrade:

"Ao lado da tradicional função de reparação pecuniária do prejuízo, outras funções foram idealizadas para aquela disciplina. Avulta, atualmente, a noção de uma responsabilidade civil que desempenhe a função de prevenção de danos, forte na idéia de que mais vale prevenir que remediar. (...)

O propósito geral dessa espécie de indenização é o de punir o ofensor, estabelecendo uma sanção que lhe sirva de exemplo para que não se repita o ato lesivo, além de dissuadir comportamentos semelhantes por parte de terceiros"

O mesmo autor delimita os casos aos quais a teoria da indenização punitiva se enquadra:

"A indenização punitiva deve ficar reservada para aquelas situações nas quais o comportamento do lesante seja particularmente reprovável. Será com os olhos voltados para o ofensor - mais do que para a vítima e para o dano por esta sofrido - que o julgador definir se é ou não cabível a indenização punitiva."

A proposta, portanto, é realçar a função punitiva da indenização pelo dano moral, de modo a desestimular a prática de condutas semelhantes, ao lado da função compensatória, que busca a conferir à vítima do ato ilícito um lenitivo ao abalo moral sofrido. Sempre que o comportamento do ofensor for particularmente reprovável, e seu grau de culpa for elevado o bastante para ensejar a necessidade de punição, são cabíveis, ao lado da compensação ao ofendido, os *punitive damages*, como forma de prevenção de novos ilícitos.

O E. Supremo Tribunal Federal reconhece a dúplici função da indenização por danos morais, de compensar adequadamente a vítima do ato ilícito e de punir exemplarmente o ofensor, desestimulando a prática de condutas lesivas [...]

A citação feita ao Supremo Tribunal Federal ao final será melhor ponderada quando se falar deste tribunal, em item subsequente. A decisão é bastante parecida com a anterior, também sendo chamado o instituto pra justificar a majoração de um valor deferido a título de danos morais (o que faz para R\$15.000,00).

Por último em 2007, temos caso julgado por Tufi Maron Filho, a AC nº 414377-3 (TJPR, 2007c). Como ré: a Brasil Telecom. A ação: indenização por danos morais por inscrição indevida. Transcreve-se:

Indenização. Danos Morais. Inscrição Indevida. Insurgência recíproca quanto a fixação do *quantum* indenizatório. *Punitive Damages*. Valor corretamente arbitrado. Sentença mantida. Recursos desprovidos.

Incontroverso o dever de indenizar por parte da companhia telefônica, passo a analisar conjuntamente a apelação e o recurso adesivo, por se tratar do mesmo mérito.

O manuseio dos autos constata-se uma série de equívocos compelidos pela empresa de telefonia, que, além de apresentar versões contraditórias com as provas colacionadas, demonstra um total desrespeito com o cliente/consumidor, pois, não obstante diversos requerimentos judiciais e extra-judiciais, continuou a emitir faturas e gerar débitos sob serviços visivelmente não utilizados pelo autor.

A análise do presente caso, o valor arbitrado a título de danos morais deve ser embasado na teoria do *punitive damages*. Tais valores deverão ir além do caráter reparador do dano enfrentado pelo lesado. A fixação do *quantum* indenizatório deve abarcar a função inibitória, a fim de evitar que situações semelhantes venham a ocorrer.

Ademais, aplicação de indenizações módicas não inibe a prática ilícita do ofensor, pois, de certa forma, torna-se vantajosa a permanência das práticas falhas, tendo em vista que reduzidos valores não desestimulam tais situações. Observa-se que a dita "indústria do dano moral" inverte-se, pois o ofensor prefere pagar pequenas quantias aos litigantes a se adequar com novas técnicas que evitariam os danos reiteradamente presenciados, não servindo a responsabilidade civil como uma das formas de proteção efetiva ao consumidor.

O magistrado aqui menciona mero embasamento na teoria, o que poderia ser explicado como um intuito de fazer um paralelo entre as funções dessa e o caráter punitivo do dano moral que efetivamente emprega no caso. O valor por ele concedido ao final é equivalente à ação anterior, R\$ 15.000,00.

Em 2008, aparecem quatro ocorrências seguidas de acórdãos pela des. Rosana Amara Girardi Fachin, além de uma quinta em 2009. Em todas elas, a magistrada pronunciou-se da mesma forma. São eles os casos: AC nº 460057-5 (TJPR, 2008a), AC nº 463796-9 (TJPR, 2008b), AC nº 478673-4 (TJPR, 2008c), AC nº 519481-4 (TJPR, 2008d) e AC nº 516786-2 (TJPR, 2009b). Não se procederá à transcrição do excerto que menciona a indenização punitiva nesses cinco casos, pois é exatamente igual ao do acórdão de relatoria do des. Antonio Ivair Reinaldin logo acima. E, como tal, não tratam da aplicação real do instituto, mas sim de uma mera alusão a este, para justificar um suposto uso das funções punitiva e dissuasória.

A seguir, em diferente teor decisivo de basicamente todos os julgamentos até agora contemplados do TJPR, em que se viu uma ratificação da aplicação, em maior ou menor grau, do caráter punitivo da indenização por dano moral, Francisco Luiz Macedo Junior descarta tal ideia, julgando que só o titular de um direito pode por ele pleitear, e, no caso do que tal função punitiva ou mesmo a indenização punitiva tenta respaldar – o bem coletivo – o

intitulado seria então o Estado, e não o particular. O caso é a AC nº 535948-4 (TJPR, 2009a), e seguem suas ponderações:

A dificuldade quanto à fixação dos danos morais reside, exatamente, em conseguir abstrair o cunho emocional que o pedido, normalmente, carrega.

Nesse sentido, cumpre ressaltar, aqui, que os danos morais, ao contrário do que entende parte da doutrina, não devem ter caráter punitivo, mas tão somente um caráter compensatório - reparatório.

A indenização devida a título de danos morais deve consistir, então, numa forma de compensar a vítima, pelo sofrimento experimentado, isto sem que se insira em indevidos efeitos punitivos.

Nesse sentido, ousa afirmar que os partidários da teoria do valor do desestímulo, equivocam-se na base de seu raciocínio, pois a ausência da titularidade do direito, então invocado, retira tal possibilidade.

Ora, por definição constitucional, o direito de punir não é do particular. É do Estado. Não sendo legítima a indenização dada com assento em tal base.

A teoria do "valor do desestímulo", que embasaria o "caráter punitivo" da indenização por danos morais, funda-se na idéia americana dos "punitive damages", que traduzidos como "danos punitivos", naturalmente, "nos conduz a uma expressão vazia e desprovida de conteúdo significativo no campo jurídico brasileiro"⁹. Tal expressão, na verdade, segundo esclarece o ilustre magistrado Osny Claro de Oliveira Junior, Juiz de Direito em Porto Velho (RO)¹⁰: - "punitive damages quer significar punição por decorrência dos danos, por causa dos danos".

Mas uma indenização só é devida ao titular do direito, por ofensa a direito de sua titularidade, não podendo, assim, se embasar em direitos alheios (do Estado), como pretendem alguns.

Saliente-se, também, que a estatização do direito à punição, estabelecida constitucionalmente, impede que os danos morais aos direitos particulares contendam caráter punitivo, mesmo que isto aparente ser o mais justo e correto.

Destaca-se ainda que, mesmo expondo tal posicionamento acerca da determinação do *quantum* indenizatório para negar uma eventual majoração, o desembargador manteve os termos da sentença de primeiro grau que deferiam R\$16.000,00 a título de danos morais ao particular (que litigava contra a Petrobrás), valor maior que a média dos aqui anteriormente vistos, por magistrados favoráveis à função punitiva.

Então na AC nº 572128-2 (TJPR, 2009c), caso da expropriação indevida de valor por uma instituição bancária – o Banco Real – de um particular, entendeu-se que a responsabilidade por falha do serviço prestado seria objetiva. Em primeiro grau, deferiu-se indenização a título de danos materiais e morais. O banco apelou, buscando que se reduzisse o valor deferido a título de danos morais. A des. Denise Hammerschmidt entendeu que não assistia razão ao apelante, embasando seu raciocínio de forma novamente igual à decisão do des. Antonio Ivair Reinaldin acima.

Em seguida, temos as últimas duas decisões de Rosana Amara Girardi Fachin. A primeira dessas, AC nº 536981-3 (TJPR, 2009d), um caso de pleito por danos morais contra a Editora Abril pela publicação, na revista Veja, de uma matéria que imputava, em caráter pejorativo, condutas ao particular autor da ação sem a devida investigação dos fatos. A segunda, AC nº 585315-0 (TJPR, 2009e), caso bastante similar, mas desta vez envolvendo a editora Três. No primeiro caso, o valor deferido fora de R\$200.000,00. No segundo, R\$70.000,00. A magistrada, no primeiro, entendeu ser o valor cabível, mas, no segundo, argumentou por prover a apelação do réu e reduzir a quantia para R\$30.000,00, que julgava suficiente para se reparar o dano e inibir o comportamento da ré, mas foi voto vencido.

Sua referência expressa aos *punitive damages* dá-se de maneira sucinta e igual em ambos os casos, mais uma vez para fazer uso da mera aplicação da função punitiva da indenização por danos morais: “Assim, a teoria dos *punitive damages* é integralmente aplicável aos casos nos quais se faz necessário o reforço do caráter sócio-educativo da indenização por danos morais - como o presente” (TJPR, 2009d; TJPR, 2009e).

Por fim, a última vez que se menciona diretamente o instituto em ementas no estado do Paraná é em 2012, em acórdão na AC nº 847462-6 (TJPR, 2012) do relator Fernando Wolff Bodziak. O processo de que se derivou o apelo trata-se de uma ação declaratória de inexistência de débito combinada com indenização por danos morais. Resumidamente, mais um caso de cobrança indevida, desta vez pela empresa Claro. O primeiro grau deferiu R\$7.000,00 ao particular a título de danos morais. A ré apelou, alegando que “inexiste no direito brasileiro a figura dos *punitive damages* (danos punitivos)”. Já o autor em recurso adesivo pediu por majoração deste valor para R\$30.000,00. O acórdão veio a dar parcial provimento ao recurso adesivo da parte autora, elegendo R\$10.000,00 como uma majoração cabível, fazendo referência ao instituto nos seguintes termos:

Assim, o valor da indenização merece ser majorado, embora o valor requerido no recurso adesivo seja excessivo.

Ressalte-se que, **ao contrário do que afirma a ré em seu recurso, a teoria dos *punitive damages* é integralmente aplicável aos casos nos quais se faz necessário o reforço do caráter sócio-educativo da indenização por danos morais**, como o presente. [...]

Compulsando os autos, e considerando os precedentes desta 11ª Câmara Cível em casos semelhantes⁴, verifica-se que o valor fixado em primeiro grau (R\$ 7.000,00) merece ser majorado para R\$ 15.000,00 (dez mil reais) [sic], de modo a atender a razoabilidade e a aos escopos da responsabilidade civil, uma vez que compensa dignamente o abalo sofrido pela parte autora, sem ser causa de enriquecimento ilícito, bem como inibi [sic] a conduta ilícita da ré.

(Grifou-se.)

Conclui-se, por conseguinte, que, como visto recorrentemente em Santa Catarina, basicamente em todos os (quinze) casos analisados pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná – em parte justificada (vez que inúmeras são as referências a esta) por influência negativa de cotejo prévio do STF que igualou o instituto da indenização punitiva ao caráter punitivo-pedagógico da indenização por danos morais, como se verá em item subsequente – houve o mesmo conflito conceitual acenado sob o item 2.1.3 desta monografia.

2.2.4 STJ

No Superior Tribunal de Justiça, sete são os acórdãos que contemplam em seu teor a expressão “*punitive damages*” e trinta-e-nove decisões monocráticas. Dos sete acórdãos, quatro fazem menções expressas em suas ementas. Passa-se a discorrer sobre os esses, portanto.

As três primeiras menções de ementas ao instituto na corte superior são de relatoria de Carlos Fernando Mathias, juiz federal convocado do TRF da 1ª Região. A primeira sendo no Recurso Especial 913.131/BA (STJ, 2008a). A ação que lhe deu origem é uma indenização por dano moral com fulcro na publicação de foto associada a notícia de cunho vexatório de uma particular em periódico da Igreja Universal. Condenada a igreja ao pagamento da indenização, recorreu ao STJ por, além de outros motivos, considerar a indenização como exorbitante. Tratando da mensuração do dano moral, o relator:

A rigor, a indenização por **dano moral** trata-se mais de uma compensação do que propriamente de ressarcimento (como no dano material), até porque o bem moral não é suscetível de ser avaliado, em sua precisa extensão, em termos pecuniários. [...]

Há, como bastante sabido, na ressarcibilidade do dano em destaque, de um lado, uma expiação do culpado e, de outro, uma satisfação à vítima.

Como fixar a reparação?; quais os indicadores?

Por certo, devido à influência do direito norte-americano muitas vezes invoca-se pedido na linha ou princípio dos “*punitive damages*”. “***Punitive damages*” (ao pé da letra, repita-se o óbvio, indenizações punitivas)** diz-se da indenização por dano, em que é **fixado valor com objetivo a um só tempo de desestimular o autor à prática de outros idênticos danos e a servir de exemplo para que outros também assim se conduzam.**

Ainda que não muito farta a doutrina pátria no particular, têm-se designado as “*punitive damages*” como a “teoria do valor do desestímulo” posto que, repita-

se, com outras palavras, a informar a indenização, está a intenção punitiva ao causador do dano e de modo que ninguém queira se expor a receber idêntica sanção.

No caso do dano moral, evidentemente, não é tão fácil apurá-lo.

Ressalte-se, igualmente, que a aplicação irrestrita das "punitive damages" encontra óbice regulador no ordenamento jurídico pátrio que, anteriormente à entrada em vigor do Código Civil de 2002, vedava o **enriquecimento sem causa** como princípio informador do direito e após a novel codificação civilista, passou a prescrevê-la expressamente, mais especificamente, no art. 884 do Código Civil de 2002.

Assim, o **critério que vem sendo utilizado por esta Corte na fixação do valor da indenização por danos morais, considera** as condições pessoais e econômicas das partes, devendo o arbitramento operar-se com moderação e razoabilidade, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso, de forma a **não haver o enriquecimento indevido do ofendido e, também, de modo que sirva para desestimular o ofensor a repetir o ato ilícito.**

Oportuno observar, ainda, que a Corte Superior de Justiça pode rever o valor fixado a título de reparação por danos morais, quando se tratar de valor exorbitante ou ínfimo.

(Grifou-se.)

Admite inicialmente portanto o douto magistrado que a indenização por dano moral cumpre um propósito de "expição do culpado", ou, em outras palavras, um propósito punitivo. Em seguida, discorre sobre o instituto da indenização punitiva e conclui não sê-lo cabível em nosso ordenamento. A despeito de seus posicionamentos, isso denota como compreende que haja uma diferença expressa entre as duas coisas, não caindo na comum armadilha de confundi-las. Um bom primeiro precedente, portanto, para a corte superior.

No mesmo ano, temos o REsp 210.101/PR (STJ, 2008b). O caso em tela trata novamente de uma indenização por danos morais, mas desta vez por conta de uma morte por atropelamento. As filhas e a esposa do de cujus ingressaram com a ação, que, por alguns fatores, dentre eles o *quantum* indenizatório, subiu até a corte superior. No ano seguinte, há o REsp 401.358/PB (STJ, 2009b), também discutindo acerca da mensuração da indenização por danos morais, desta vez numa ação contra a Editora Abril por conta de uma notícia em um periódico. A análise do magistrado em ambos os casos deu-se nos mesmos termos da antecedente, motivo pelo qual não se repetirá a citação ao excerto.

Sobre as decisões, vale comentar, por fim, que a referência a indenização punitiva por parte do juiz, conquanto tecnicamente perfeita, foi voluntária, vez que de acordo com a narração dos fatos dos casos a pretensão por tal indenização em específico não fora previamente nem mesmo ventilada por qualquer das partes autoras.

A última das quatro menções trata-se de um agravo regimental em agravo de instrumento, AgRg no Ag 850.273/BA (STJ, 2010), relacionado ao primeiro caso decidido pelo juiz Carlos Fernando Mathias, envolvendo a publicação da Igreja Universal. O agravo foi decidido pelo desembargador convocado do Tribunal de Justiça do Amapá, Honildo Amaral de Mello Castro, e a menção ao instituto só acontece por fazer uma repetição dos termos da decisão original do juiz Mathias, não se alongando o desembargador no mérito da questão.

2.2.5 STF

Há três ocorrências da expressão *punitive damages* em decisões monocráticas do Supremo Tribunal Federal. O assunto ainda não foi abordado em nenhum de seus acórdãos.

A primeira menção é de 2004, no agravo de instrumento 455846/RJ (STF, 2004), cujo relator foi o Min. Celso de Mello, e foi mencionada por uma série de acórdãos em comento. Contemple-se a ementa, em sua parte relevante ao estudo:

RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO PODER PÚBLICO. ELEMENTOS ESTRUTURAIS. PRESSUPOSTOS LEGITIMADORES DA INCIDÊNCIA DO ART. 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO. FATO DANOSO PARA O OFENDIDO, RESULTANTE DE ATUAÇÃO DE SERVIDOR PÚBLICO NO DESEMPENHO DE ATIVIDADE MÉDICA. PROCEDIMENTO EXECUTADO EM HOSPITAL PÚBLICO. DANO MORAL. RESSARCIBILIDADE. **DUPLA FUNÇÃO DA INDENIZAÇÃO CIVIL POR DANO MORAL (REPARAÇÃO-SANÇÃO): (a) CARÁTER PUNITIVO OU INIBITÓRIO ("EXEMPLARY OR PUNITIVE DAMAGES") E (b) NATUREZA COMPENSATÓRIA OU REPARATÓRIA.** DOUTRINA. JURISPRUDÊNCIA. AGRAVO IMPROVIDO.

[...]

Impende assinalar, de outro lado, que a fixação do *quantum* pertinente à condenação civil imposta ao Poder Público - presentes os pressupostos de fato soberanamente reconhecidos pelo Tribunal a quo - observou, no caso ora em análise, a orientação que a jurisprudência dos Tribunais tem consagrado no exame do tema, notadamente no ponto em que o magistério jurisprudencial, pondo em destaque a dupla função inerente à indenização civil por danos morais, enfatiza, quanto a tal aspecto, a necessária correlação entre o **caráter punitivo da obrigação de indenizar ("punitive damages")**, de um lado, e a natureza compensatória referente ao dever de proceder à reparação patrimonial, de outro.

(Grifou-se.)

Percebe-se que mesmo a Corte Maior não escapou de cometer equívocos sobre o instituto. Evita-se tecer qualquer comentário sobre tal decisão, em favor de reproduzir comentário pertinente já feito pelas autoras Martins-Costa e Pargendler (2005, p. 24):

Essa distinção, conquanto usual no Direito norte-americano, não é considerada em parte da doutrina e jurisprudência brasileiras, inclusive a do Supremo Tribunal Federal, que, recentemente, fez referência à doutrina norte-americana dos *punitive damages* para justificar decisão impositiva de indenização a hospital público (que responde objetivamente, na forma do art. 37, §6º, da Constituição Federal). Invocando a dupla função (sancionatória e dissuasória) da indenização na responsabilidade extrapatrimonial, chamou – desnecessariamente, em nosso modo de ver – a doutrina dos *punitive damages* como fundamento da decisão. **E foi invocação desnecessária poraquê confundiu o “caráter punitivo da indenização” (traço genérico da pena privada, atribuível, segundo forte doutrina, ao dano moral) com a “indenização punitiva” (*punitive damages*).**

Tratou a espécie de recurso interposto pela União Federal contra decisão do Tribunal Regional Federal – 2ª R, que impusera a hospital público condenação ao pagamento de danos morais pelo prejuízo causado a Daniel Felipe de Oliveira Neto, que sofreu, quando de seu nascimento, afundamento frontal do crânio, edema cerebral e área de contusão hemorrágica, males esses ocasionados por ter sido retirado do ventre de sua genitora à base de fórceps. O apelo da União Federal buscou (i) situação configuradora de força maior, apta a descaracterizar – segundo alegava – o nexo de causalidade material entre a conduta do agente público e o dano causado ao menor. Rejeitando a pretensão, o STF reafirmou o seu entendimento acerca da interpretação adequada ao art. 37, §6º, da Constituição Federal (endossando a Teoria do Risco Administrativo), adentrando em considerações acerca da natureza da indenização por dano moral [...]

Em apoio à tese, aludiu-se ao entendimento doutrinário de Caio Mario da Silva Pereira e aos precedentes do STJ que – em nosso modo de ver – não chegam a endossar a adoção dos *punitive damages*, figura da tradição anglo-saxã, conquanto aludem ao duplo caráter da indenização por dano mora.

(Grifou-se.)

As autoras ainda afirmam que o STF neste caso encontra precedente numa decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em outro caso de responsabilidade objetiva – em que dado credor que promoveu execução forçada contra homônimo de seu devedor – que se entendeu por fixar uma indenização a título de danos morais fazendo referência à doutrina dos *punitive damages* mesmo não havendo qualquer intenção ou culpa grave por parte do lesante, caso em que não teria sido então cabível no Direito anglo-saxônico (MARTINS-COSTA e PARGENDLER, 2005, p. 24).

As outras duas menções subsequentes são menos relevantes pois não foram feitas especificamente pelo tribunal, mas sim citadas do caso que deu origem ao respectivo recurso e nem mesmo cotejadas pelos ministros em suas decisões monocráticas.

O primeiro é o RE 611670/PB (STF, 2010), de relatoria da Min. Cármen Lúcia que, numa ementa promissora, menciona o seguinte excerto da peça da recorrente:

A Recorrente alega que teriam sido contrariados os arts. 5º, inc. X, XXXV, e LV, e 93, inc. IX, da Constituição da República. Afirma que: **“a Constituição Federal não traz qualquer dispositivo que estabeleça que o causador do dano moral deva ser punido. (...) Não há que se pretender aplicar aqui no Brasil, o sistema**

norte-americano dos *punitive damages*, com caráter de desestímulo ao infrator da norma, pelo fato do nosso sistema jurídico adotar a legalidade como regra, que se concilia com o art. 5º, XXXIX, CF/88, cuja dicção não deixa margem a dúvidas: ‘não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal’. **Com efeito, ao se pretender estabelecer a ‘compensação punitiva’, cria-se pena sem prévia cominação legal.** Quem causa dano moral está obrigado a compensar o dano, e somente compensar, pois assim dispõe a norma constitucional (...) Não poderia o causador do dano moral, além de compensar o dano cometido, ser punido com um pagamento de indenização excessiva” (fls. 264-265)

(Grifou-se.)

Porém, a eminente ministra acabou por desprover o recurso sem entrar no mérito dessa discussão pois considerou que o Recurso Extraordinário em questão embasava-se numa premissa que teria havido prestação jurisdicional negativa por parte das outras instâncias, quando, na verdade, teria havido apenas uma decisão que contrariava os interesses da parte, coisas que não se confundem em entendimento já sedimentado pela Corte.

Por último, no ano passado, há o Agravo em Recurso Extraordinário 694935/ES (STF, 2012), que teve como relator o Min. Ricardo Lewandowski. Tratando-se de um agravo contra decisão que negou seguimento a recurso extraordinário interposto de acórdão, e que contemplava em sua ementa o ponto “Caráter punitivo ou inibitório (*exemplary or punitive damages*) e natureza compensatória ou reparatória”. Menção feita, não se entrou no mérito da discussão novamente pois o Ministro entendeu pelo não acolhimento deste agravo.

CONCLUSÃO

Na primeira metade do estudo viu-se que o instituto dos *punitive damages* – ou da indenização punitiva, como se preferiu tratar, para evitar estrangeirismos desnecessários e mesmo tornar corriqueiro o uso do nome correto do instituto jurídico em língua portuguesa, já que ainda se encontram traduções incorretas – é nada além de um remédio judicial com intuito primordial de punir e dissuadir condutas excepcionalmente lesivas, seja por sua gravidade, seja pelo desnível de poder (geralmente econômico) entre os litigantes – quando não ambos. Seu *quantum* indenizatório, para que se cumpra tais funções, geralmente é fixado num montante substancial.

Vez que a conduta que lhe permite a aplicação é excepcional, trata-se, portanto, de um remédio que também o é – a despeito da ideia que muitas vezes tenta-se vender de que haja uma verdadeira indústria litigante que busca o enriquecimento fácil usando do instituto –, não devendo de forma alguma ser difundido e muito menos aplicado como algo habitual ou de qualquer forma banal. Está reservado a coibir aquelas atitudes de natureza *quasi-criminal* que se enquadrem em suas (bastante restritivas) hipóteses, e nada mais.

Se mesmo no exterior, onde após pelo menos um século desde seu surgimento, ainda subsiste uma série de debates quanto a sua eficácia, difusão, constitucionalidade, ou até quanto a melhor forma procedimental de aplicação e seus ditames básicos; não é de se surpreender que uma possível inclusão, ou a mera utilização, do instituto no nosso sistema jurídico já tenha gerado o levantamento de uma série de problemáticas.

Aqui então que se considerou, no início da segunda parte do estudo: de forma breve, o histórico da ideia de uma pena privada, com sua ascensão, queda e recente ressurgimento; a evolução da ótica da responsabilidade civil, que deixa de se ater exclusivamente ao passado, aos danos ocorridos e sua reparação em prol de uma função proativa que busque a prevenção; a necessária desambiguação entre o instituto que dá nome a este trabalho e a mera função punitiva muitas vezes atribuída a indenização por danos morais; a possibilidade de uma superação da cisão expressa entre Direito Civil e Direito Penal, ponto também correlacionado a ideia da pena privada; e, por último, e talvez mais importante, em se tratando do cerne dos argumentos contrários a uma eventual aplicação do instituto no nosso Direito, uma consideração quanto a vedação ao enriquecimento ilícito, prevista em nosso

ordenamento, acompanhada de uma possível solução já aplicada até mesmo em alguns estados dos EUA, como se demonstrou, ao se substituir da soma indenizatória (ou pelo menos parte dela) do particular litigante pelo próprio Estado.

Todavia, a despeito de se ver o instituto em boa luz – conquanto crê-se que ele possa efetivamente contribuir de maneira saliente –, entende-se que a discussão no nível teórico ainda esteja em um estado sobremaneira embrionário. As benesses só seriam devidamente colhidas a partir de uma sistematização, principalmente numa recepção própria pelo legislador. Qualquer aplicação prévia que fizesse o uso apenas da comparação para definir seu método seria então inevitavelmente disforme, até mesmo pelo instituto não possuir corpo único ou coesão clara em sua origem.

Precisamente é este o panorama que se depara no momento do diagnóstico jurisprudencial: as decisões que compreendem o instituto e ratificam seu uso não são coesas entre si. A maioria, porém, enleia-o com a função punitiva hoje atribuída ao dano moral – figura que, como se comprovou, resguarda sim similaridades quanto a uma de suas funções (o que poderia possivelmente vetar uma aplicação concomitante), mas difere-se em todo resto. Outra parte, mais hígida, reconhece-lhe a existência e difere-lhe de tal função do dano moral para ulteriormente negar-lhe aplicabilidade por falta de embasamento legal.

Aquiescendo por fim a tamanha cizânia doutrinária e jurisprudencial, pugna-se por um reexame mais detido por parte dos julgadores antes de deferirem uma indenização a esse título (especialmente se de ofício), e por um amadurecimento maior da bibliografia brasileira sobre o assunto, eis que ainda possui muito a percorrer para atingir o nível de profundidade que (pelo menos) um século de vantagem conferiu à bibliografia estrangeira.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, André Gustavo de. **Dano Moral & Indenização Punitiva**. 2^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

BAUMAN, Zygmunt. **Liquid modernity**. Cambridge: Polity Press, 2000.

BRASIL. Código Civil – Lei 10.406, 2002.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp nº 650.791 - RJ** (2004/0051054-8), da Segunda Turma. Recorrente: Condomínio do Edifício as Terrazas. Recorrido: Companhia Estadual de Águas e Esgotos - CEDAE. Relator: Castro Meira. Brasília, 6 de abril de 2006. Disponível em:
<https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200400510548&dt_publicacao=20/04/2006>. Acesso em: 12 jan. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp nº 447.431 - MG** (2002/0085231-8), da Segunda Seção. Recorrente: Benjamin Cruz Neves. Recorrido: Banco Bandeirantes S/A. Relator: Ari Pargendler. Brasília, 28 de março de 2007. Disponível em:
<https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200200852318&dt_publicacao=16/08/2007>. Acesso em: 12 jan. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp nº 913.131 - BA** (2006/0267437-2), da Quarta Turma. Recorrente: Igreja Universal do Reino de Deus e outro. Recorrido: Espólio de Gildásia dos Santos e Santos. Relator: Carlos Fernando Mathias. Brasília, 16 de setembro de 2008. Disponível em:
<https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200602674372&dt_publicacao=06/10/2008>. Acesso em: 12 jan. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp nº 210.101 - PR** (1999/0031519-7), da Quarta Turma. Recorrente: Laura Nunes Pereira e outros. Recorrido: Real Seguradora S/A, Bureau Veritas do Brasil Sociedade Classificadora Ltda e outros. Relator: Carlos Fernando Mathias. Brasília, 20 de novembro de 2008. Disponível em:
<https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=199900315197&dt_publicacao=09/12/2008>. Acesso em: 12 jan. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no REsp nº 704.224 - MG** (2004/0160065-5), da Terceira Turma. Agravante: Real Veículos Ltda. Agravado: Banco Bandeirantes de Investimentos S/A. Relator: Nancy Andriahi. Brasília, 5 de março de 2009. Disponível em:
<https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200401600655&dt_publicacao=20/03/2009>. Acesso em: 12 jan. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp nº 401.358 - PB** (2001/0169166-0), da Quarta Turma. Recorrentes: Editora Abril S/A e Vicente Vanderlei Nogueira de Brito. Recorridos: Os mesmos. Relator: Carlos Fernando Mathias. Brasília, 5 de março de 2009. Disponível em:
<https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200101691660&dt_publicacao=16/03/2009>. Acesso em: 12 jan. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no Ag nº 850.273 - BA** (2006/0262377-1), da Quarta Turma. Agravante: Espólio de Gildásia dos Santos e Santos. Agravado: Editora Gráfica Universal Ltda. Relator: Honildo Amaral de Mello Castro. Brasília, 3 de agosto de 2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200602623771&dt_publicacao=24/08/2010>. Acesso em: 12 jan. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AI 455.846 - RJ**. Agravante: União. Agravado: Daniel Felipe de Oliveira Netto. Relator: Celso de Mello. Brasília, 11 de outubro de 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=455846&classe=AI&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 13 jan. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 611.670 - PB**. Recorrente: BSE S/A. Recorrido: Adriano Kleiber Freire Martins. Relator: Cármen Lúcia. Brasília, 27 de abril de 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=611670&classe=RE&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 13 jan. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ARE 694.935 - ES**. Recorrente: Estado do Espírito Santo. Recorrido: Rita de Cassia Herzog da Cruz. Relator: Ricardo Lewandowski. Brasília, 3 de agosto de 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=694935&classe=ARE&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 13 jan. 2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Apelação cível nº 2000.019426-3**, da Primeira Câmara de Direito Público. Apelante: Município de Florianópolis. Apelado: Ildemar Egger. Relator: Volnei Carlin. Florianópolis, 19 de abril de 2001. Disponível em: <<http://goo.gl/Q9slk>>. Acesso em: 10 jan. 2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Apelação cível nº 2002.007879-0**, da Primeira Câmara de Direito Público. Apelante: Município de Balneário Gaivota. Apelado: Deodato Gomes. Relator: Volnei Carlin. Florianópolis, 22 de agosto de 2002. Disponível em: <<http://goo.gl/aM9I4>>. Acesso em: 10 jan. 2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Apelação cível nº 2002.020062-5**, da Primeira Câmara de Direito Público. Apelante: Tânia Terezinha Valendorf Ferraz. Apelado: Município de Xanxerê. Relator: Volnei Carlin. Florianópolis, 10 de abril de 2003. Disponível em: <<http://goo.gl/ubI6v>>. Acesso em: 10 jan. 2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Apelação cível nº 2004.006224-9**, da Primeira Câmara de Direito Público. Apelante: Município de Araranguá. Apelado: Alexandre Antunes Giusti. Relator: Volnei Carlin. Florianópolis, 26 de abril de 2005. Disponível em: <<http://goo.gl/iOS7x>>. Acesso em: 10 jan. 2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Apelação cível nº 2007.034951-8**, da Segunda Câmara de Direito Comercial. Apelante: Anildo dos Santos. Apelados: Cimento Rio

Branco S/A e Banco do Brasil S/A. Relator: Wilson Augusto do Nascimento. Florianópolis, 3 de novembro de 2008. Disponível em: <<http://goo.gl/C0EmS>>. Acesso em: 10 jan. 2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Apelação cível nº 2008.072470-2**, da Primeira Câmara de Direito Público. Apelante: Antonio Zuffo. Apelado: Município de Videira. Relator: Newton Trisotto. Florianópolis, 23 de abril de 2009. Disponível em: <<http://goo.gl/JgrhY>>. Acesso em: 10 jan. 2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Apelação cível nº 2009.030948-6**, da Primeira Câmara de Direito Público. Apelante: Município de Guaraciaba. Apelado: Valter José Ames. Relator: Newton Trisotto. Florianópolis, 18 de agosto de 2009. Disponível em: <<http://goo.gl/Km4W2>>. Acesso em: 10 jan. 2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Apelação cível nº 2005.022932-0**, da Segunda Câmara de Direito Comercial. Apelante: Maccred Empresa Brasileira de Fomento Comercial Ltda. Apelado: Ceconcri - Central de Compras Criciúma. Relator: Wilson Augusto do Nascimento. Florianópolis, 24 de agosto de 2009. Disponível em: <<http://goo.gl/1HvdB>>. Acesso em: 10 jan. 2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Apelação cível nº 2008.002463-3**, da Terceira Câmara de Direito Público. Apelante: Estado de Santa Catarina. Apelado: Valdenir Gonçalves. Relator: Wilson Augusto do Nascimento. Florianópolis, 3 de novembro de 2009. Disponível em: <<http://goo.gl/2s6Bo>>. Acesso em: 10 jan. 2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Apelação cível nº 2007.007617-2**, da Terceira Câmara de Direito Público. Apelante: Globo Autolocadora de Veículos Ltda. Apelada: Maria Irene Marcelino Souza. Relator: Wilson Augusto do Nascimento. Florianópolis, 10 de novembro de 2009. Disponível em: <<http://goo.gl/YSXDU>>. Acesso em: 10 jan. 2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Apelação cível nº 2009.035153-3**, da Primeira Câmara de Direito Público. Apelante: Tim Celular S.A.. Apelado: Gugel Schneider Comércio de Confecções Ltda. Relator: Newton Trisotto. Florianópolis, 6 de abril de 2010. Disponível em: <<http://goo.gl/jdtVi>>. Acesso em: 10 jan. 2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. **Apelação cível nº 64041-5**, da Terceira Câmara Cível. Apelante: Sebastião Rolim de Moura. Apelado: Casturino de Jesus Taques. Relator: Jesus Sarrão. Curitiba, 30 de junho de 1998. Disponível em: <<http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/1341803/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-64041-5>>. Acesso em: 11 jan. 2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. **Apelação cível nº 245903-2**, da Sexta Câmara Cível (extinto TA). Apelante: Creval Equipamentos Agrícolas Ltda. Apelado: Osvaldo Vieira. Relator: Miguel Kfourri Neto. Curitiba, 12 de março de 2004. Disponível em: <<http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/1192872/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-245903-2>>. Acesso em: 11 jan. 2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. **Apelação cível nº 375480-5**, da Nona Câmara Cível. Apelante: Brasil Telecom S/A. Apelado: Amauri dos Santos. Relator: Rosana Amara Girardi Fachin. Curitiba, 22 de fevereiro de 2007. Disponível em:

<<http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/1552017/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-375480-5>>.
Acesso em: 11 jan. 2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. **Apelação cível nº 428799-8**, da Nona Câmara Cível. Apelante: Banco do Brasil S/A. Apelado: Ivanor Miranda. Relator: Antonio Ivair Reinaldin. Curitiba, 20 de setembro de 2007. Disponível em:
<<http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/1608887/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-428799-8>>.
Acesso em: 11 jan. 2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. **Apelação cível nº 414377-3**, da Nona Câmara Cível. Apelante: Brasil Telecom S/A. Apelado: Ricardo Cicarelli de Melo. Relator: Tufi Maron Filho. Curitiba, 4 de outubro de 2007. Disponível em:
<<http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/1617698/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-414377-3>>.
Acesso em: 11 jan. 2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. **Apelação cível nº 460057-5**, da Nona Câmara Cível. Apelante: Roberto Neves. Apelado: Televisão Cidade S/A. Relator: Rosana Amara Girardi Fachin. Curitiba, 15 de maio de 2008. Disponível em:
<<http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/1678272/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-460057-5>>.
Acesso em: 11 jan. 2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. **Apelação cível nº 463796-9**, da Nona Câmara Cível. Apelante: Shirley Ornedá Orcesi Tessaro. Apelado: Banco Sudameris do Brasil S/A e outro. Relator: Rosana Amara Girardi Fachin. Curitiba, 23 de junho de 2008. Disponível em:
<<http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/1700315/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-463796-9>>.
Acesso em: 11 jan. 2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. **Apelação cível nº 478673-4**, da Nona Câmara Cível. Apelante: Banco Matone S/A. Apelado: Ana Amélia de Souza Chueire. Relator: Rosana Amara Girardi Fachin. Curitiba, 14 de agosto de 2008. Disponível em:
<<http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/1719213/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-478673-4>>.
Acesso em: 11 jan. 2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. **Apelação cível nº 519481-4**, da Nona Câmara Cível. Apelante: Banco ABN Amro Real S/A. Apelado: José Carlos Lemes. Relator: Rosana Amara Girardi Fachin. Curitiba, 4 de dezembro de 2008. Disponível em:
<<http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/1764392/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-519481-4>>.
Acesso em: 11 jan. 2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. **Apelação cível nº 535948-4**, da Nona Câmara Cível. Apelante: Petrobrás Petróleo Brasileiro S/A. Apelado: Margarida das neves Pereira. Relator: Francisco Luiz Macedo Junior. Curitiba, 19 de fevereiro de 2009. Disponível em:
<<http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/1809650/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-535948-4>>.
Acesso em: 11 jan. 2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. **Apelação cível nº 516786-2**, da Nona Câmara Cível. Apelante: Brasil Telecom Celular S/A. Apelado: Olinto Roberto Terra. Relator: Rosana Amara Girardi Fachin. Curitiba, 30 de abril de 2009. Disponível em:
<<http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/1829207/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-516786-2>>.
Acesso em: 11 jan. 2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. **Apelação cível nº 572128-2**, da Nona Câmara Cível. Apelante: Banco ABN Amro Real S/A. Apelado: Izilda Maria Borges Benali e outro. Relator: Denise Hammerschmidt. Curitiba, 28 de maio de 2009. Disponível em: <<http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/1835312/Ac%C3%B3o-572128-2>>. Acesso em: 11 jan. 2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. **Apelação cível nº 536981-3**, da Nona Câmara Cível. Apelante: Editora Abril S/A. Apelado: Jorge Luiz Ledur Brito. Relator: Rosana Amara Girardi Fachin. Curitiba, 3 de setembro de 2009. Disponível em: <<http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/1873649/Ac%C3%B3o-536981-3>>. Acesso em: 11 jan. 2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. **Apelação cível nº 585315-0**, da Nona Câmara Cível. Apelante: Vladimir Barros Aras. Apelado: Editora Três Ltda. e outro. Relator: Rosana Amara Girardi Fachin. Curitiba, 17 de setembro de 2009. Disponível em: <<http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/1897893/Ac%C3%B3o-585315-0>>. Acesso em: 11 jan. 2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. **Apelação cível nº 847462-6**, da Décima-Primeira Câmara Cível. Apelante: Claro S/A. Apelado: Odulpho Goyaná de Paiva Baracho Neto. Relator: Fernando Wolff Bodziak. Curitiba, 9 de maio de 2012. Disponível em: <<http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11281769/Ac%C3%B3o-847462-6>>. Acesso em: 11 jan. 2013.

CANADÁ. Loi sur la protection du consommateur, atualizada em 1º de dezembro de 2012. **Éditeur officiel du Québec**, Quebec, 1º dez. 2012. Disponível em: <http://www2.publicationsduquebec.gouv.qc.ca/dynamicSearch/telecharge.php?type=2&file=/P_40_1/P40_1.html>. Acesso em: 04 jan. 2012.

CANADÁ. Suprema Corte. *Whiten v. Pilot Insurance Co.*, 2002. 1 S.C.R. 595. Disponível em: <[http://www.ipsofactoj.com/international/2003/Part01/int2003\(1\)-004.htm](http://www.ipsofactoj.com/international/2003/Part01/int2003(1)-004.htm)>. Acesso em: 04 jan. 2012.

CANTÁRIDA (MEDICAMENTO). In WIKIPÉDIA, a enciclopédia livre. Flórida: Wikimedia Foundation, 2011. Disponível em: <[http://pt.wikipedia.org/w/index.php?title=Cant%C3%A1rida_\(medicamento\)&oldid=26407929](http://pt.wikipedia.org/w/index.php?title=Cant%C3%A1rida_(medicamento)&oldid=26407929)>. Acesso em: 20 jan. 2013.

CAVALIERI Filho, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 9ª ed., revista e ampliada. São Paulo: Atlas, 2010.

COLEMAN, Jules; MENDLOW, Gabriel. **Theories of Tort Law**. Stanford: Stanford University, 2010. Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/entries/tort-theories/>>. Acesso em: 27 dez. 2012.

DEAKIN, Simon; MARKESINIS, Basil. **Markesinis & Deakin's Tort Law**. Oxford: Oxford University Press, 2008.

EUA. Corte de Apelações, Décimo-Primeiro Circuito. *Atlantic Sounding Co. Inc. et al v. Townsend*, 2009. Disponível em: <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=000&invol=08-214>>. Acesso em: 2 de janeiro de 2013.

EUA. Corte de Apelações, Segundo Circuito. *Associated Industries of New York State, Inc. v. Ickes*. 1943. Disponível em: <http://www.leagle.com/xmlResult.aspx?xmldoc=1943828134F2d694_1601.xml&docbase=CSLWAR1-1950-1985>. Acesso em: 18 nov. 2012.

EUA. Corte de Apelações, Sétimo Circuito. *Kemezy v. Peters*. 1996. Disponível em: <<http://openjurist.org/79/f3d/33/kemezy-v-peters>>. Acesso em: 18 nov. 2012.

EUA. Suprema Corte do Alabama. *Mutual Life Insurance Co. v. Haslip*, 1991. 499 U.S. 1. Disponível em: <<http://www.law.cornell.edu/supct/html/89-1279.ZS.html>>. Acesso em: 29 dez. 2012.

EUA. Suprema Corte do Alabama. *BMW of North America, Inc. v. Ira Gore, Jr.*, 1996. 517 U.S. 559. Disponível em: <<http://www.law.cornell.edu/supct/html/94-896.ZO.html>>. Acesso em: 29 dez. 2012.

EUA. Suprema Corte. *Alyeska Pipeline Service Co. v. Wilderness Society*, 1975, 421 U.S. 240. Disponível em: <<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/421/240/>>. Acesso em: 29 nov. 2012.

GARNER, Bryan A. **Black's Law Dictionary**. 9ª ed. St. Paul, Minnesota: West Group, 2009.

GILFOYLE, Dan et al. **The Trade Union Movement: 1950-1964 Trade unions and post-war consensus**. Disponível em: <<http://www.nationalarchives.gov.uk/cabinetpapers/alevelstudies/1950-trade-unions.htm>>. Acesso em: 03 jan. 2013.

GOTANDA, John. Punitive damages: a comparative analysis. In **Villanova University School of Law Working Paper Series**. Working Paper 8, 2003. Disponível em: <<http://law.bepress.com/villanovalwps/art8>>. Acesso em: 20 jan. 2013.

HOT Coffee. Direção: Susan Saladoff. Produção: Susan Saladoff, Carly Hugo e Alan Oxman. Intérpretes: Joan Claybrook, Oliver Diaz, Joanne Doroshow e outros. Albuquerque: HBO, 2011. 1 DVD (85 mins), widescreen, color.

INGLATERRA. Câmara dos Lordes. *Cassell & Co. Ltd. V. Broome* e outro, 1972. [1972] A.C. 1027. Disponível em: <<http://uniset.ca/other/rossminster/broome.html>>. Acesso em: 28 dez. 2012.

INGLATERRA. Câmara dos Lordes. *Rookes v. Barnard*, 21 de janeiro de 1964. [1964] UKHL 1. Disponível em: <<http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1964/1.html>>. Acesso em: 24 dez. 2012.

INGLATERRA. Corte de Apelações. *AB v. South-West Water Services*, 1993. Disponível em: <[http://sixthformlaw.info/02_cases/mod3a/aqa/_cases_remedies.htm#AB v South-West Water \[1993\] CA](http://sixthformlaw.info/02_cases/mod3a/aqa/_cases_remedies.htm#AB v South-West Water [1993] CA)>. Acesso em: 28 dez. 2012.

INGLATERRA. Court of Common Pleas. *Huckle v. Money*, 1763. Disponível em: <<http://press-pubs.uchicago.edu/founders/documents/amendIVs3.html>>. Acesso em: 23 dez. 2012.

INGLATERRA. Court of Common Pleas. *Wilkes v. Wood*, 1763. Disponível em: <<http://kadidal.blogspot.com.br/2006/04/below-entire-text-of-wilkes-v.html>>. Acesso em: 23 dez. 2012.

KAUFMAN, Elizabeth. **Punitive Damages: a review, evaluation & critique of current practices & proposals for reform**. New York: NYU, 2003. Disponível em: <<http://politics.as.nyu.edu/docs/IO/4600/kaufman.pdf>>. Acesso em: 28 nov. 2012.

LLOYD, Harger. **Worker's compensation, a brief history**. Tallahassee: Florida Department of Financial Services. Disponível em: <<http://www.myfloridacfo.com/wc/history.html>>. Acesso em: 29 dez. 2012.

MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. **Usos e abusos da função punitiva**. Revista CEJ, Brasília, nº 28, p. 15-32, março de 2005.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Punitive damages em sistemas civilistas: problemas e perspectivas. In **Revista trimestral de direito civil: RTDC**, v. 5, n. 18, p. 45-78, abr./jun. 2004.

OWEN, David. Punitive damages in products liability litigation. In **Michigan Law Review**, Ann Arbor, v. 74, n. 7, p. 1257-1371, jun. 1976. Disponível em: <<http://www.jstor.org/discover/10.2307/1287815?uid=3737664&uid=2&uid=4&sid=21101614515047>>. Acesso em: 2 jan. 2013.

OWEN, David. The moral foundations of punitive damages. In **Alabama Law Review**, Tuscaloosa, v. 40, p. 705-739, 1988. Disponível em: <<http://heinonline.org/HOL/LandingPage?collection=journals&handle=hein.journals/bamalr40&div=42&id=&page=>>>. Acesso em: 28 nov. 2012.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**, 27ª edição ajustada ao novo código civil. São Paulo: Saraiva, 2002.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação cível nº 70001991314**, da Sexta Câmara Cível. Apelante: Magno Carlos Cardoso. Apelado: Banco Bradesco S/A. Relator: João Batista Marques Tovo. Porto Alegre, 29 de outubro de 2003. Disponível em: <<http://goo.gl/9fYEv>>. Acesso em: 10 jan. 2013.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação cível nº 70003050531**, da Sexta Câmara Cível. Apelante: Alcindo Luz Bastos da Silva Filho. Apelado: Banco do Brasil S/A. Relator: João Batista Marques Tovo. Porto Alegre, 29 de outubro de 2003. Disponível em: <<http://goo.gl/xTBV0>>. Acesso em: 10 jan. 2013.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação cível nº 70005349865**, da Sexta Câmara Cível. Apelante: Bradesco Seguros S/A. Apelado: Jeremias da Silva Godinho. Relator: João Batista Marques Tovo. Porto Alegre, 10 de dezembro de 2003. Disponível em: <<http://goo.gl/sxB0O>>. Acesso em: 10 jan. 2013.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação cível nº 70013361043**, da Sexta Câmara Cível. Apelante: Jocenei Perdomo das Neves. Apelado: Terra Networks Brasil S/A. Relator: Artur Arnildo Ludwig. Porto Alegre, 21 de dezembro de 2006. Disponível em: <<http://goo.gl/y1JBD>>. Acesso em: 10 jan. 2013.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação cível nº 70018626622**, da Sexta Câmara Cível. Apelante: Regina Pessoa Silva dos Santos. Apelado: Banco Fininvest S/A. Relator: Osvaldo Stefanello. Porto Alegre, 8 de maio de 2008. Disponível em: <<http://goo.gl/XQxgT>>. Acesso em: 10 jan. 2013.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação cível nº 70030012827**, da Nona Câmara Cível. Apelante: Vivo S/A. Apelado: Rodocor Corretora de Seguros Ltda. Relator: Iris Helena Medeiros Nogueira. Porto Alegre, 24 de junho de 2009. Disponível em: <<http://goo.gl/K9dU4>>. Acesso em: 10 jan. 2013.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação cível nº 70027155902**, da Décima Câmara Cível. Apelante: Empresa Mineradora Ijuí Ltda. Apelado: Adroaldo Jones Carvalho. Relator: Jorge Alberto Schreiner Pestana. Porto Alegre, 17 de dezembro de 2009. Disponível em: <<http://goo.gl/tXzsp>>. Acesso em: 10 jan. 2013.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação cível nº 70041780743**, da Nona Câmara Cível. Apelante: Nestor Henn. Apelado: Brasil Telecom/Oi. Relator: Iris Helena Medeiros Nogueira. Porto Alegre, 13 de abril de 2011. Disponível em: <<http://goo.gl/aPWRp>>. Acesso em: 10 jan. 2013.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação cível nº 70048328033**, da Nona Câmara Cível. Apelante: Eunice Francisca da Silva. Apelado: Banco Bradesco S/A. Relator: Iris Helena Medeiros Nogueira. Porto Alegre, 24 de abril de 2012. Disponível em: <<http://goo.gl/RS325>>. Acesso em: 10 jan. 2013.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação cível nº 70048563746**, da Nona Câmara Cível. Apelante: Edson Alves Cardoso. Apelado: Banco Ibi S/A - Banco Múltiplo. Relator: Iris Helena Medeiros Nogueira. Porto Alegre, 27 de abril de 2012. Disponível em: <<http://goo.gl/QhC3u>>. Acesso em: 10 jan. 2013.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Agravo nº 70048706709**, da Nona Câmara Cível. Agravante: Eunice Francisca da Silva. Agravado: Banco Bradesco S/A. Relator: Iris Helena Medeiros Nogueira. Porto Alegre, 18 de julho de 2012. Disponível em: <<http://goo.gl/ZDIgX>>. Acesso em: 10 jan. 2013.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Agravo nº 70048758718**, da Nona Câmara Cível. Agravante: Edson Alves Cardoso. Agravado: Banco Bradesco S/A. Relator: Iris Helena Medeiros Nogueira. Porto Alegre, 18 de julho de 2012. Disponível em: <<http://goo.gl/okl84>>. Acesso em: 10 jan. 2013.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação cível nº 70049132731**, da Nona Câmara Cível. Apelante: Nestor Henn. Apelado: Brasil Telecom/Oi. Relator: Iris Helena Medeiros Nogueira. Porto Alegre, 18 de julho de 2012. Disponível em: <<http://goo.gl/XnEpF>>. Acesso em: 10 jan. 2013.

RUSTAD, Michael; KOENIG, Thomas. The Historical Continuity of Punitive Damages Awards: Reforming the Tort Reformers. **American University Law Review**, Washington, v. 42, n. 4, p.1269-1333, 1993. Disponível em: <http://www.aulawreview.org/index.php?option=com_content&view=category&id=123:volume-42-issue-4&Itemid=79&layout=default>. Acesso em: 22 dez. 2012.

SALMOND, John. **The law of torts: a treatise on the english law of liability for civil injuries**. 5ª ed. Londres: Sweet & Maxwell, Ltd., 1920. Disponível em: <<http://www.archive.org/stream/lawoftortstreati00salmuoft>>. Acesso em: 28 nov. 2012.

SHARKEY, Catherine. Punitive damages as societal damages. In **The Yale Law Journal**, New Haven, v. 113, p. 347-453, out. 2003. Disponível em: <<http://www.yalelawjournal.org/pdf/113-2/SharkeyCORRECTEDFINAL.pdf>>. Acesso em: 8 jan. 2013.

SILVA, Rafael Peteffi da. **Direito Civil VI: Responsabilidade Civil**, 3 de março a 23 de junho de 2010. 26 f. Notas de aula. Disponível em: <<https://www.dropbox.com/s/d4tol9o65l7k1l8/Resp.%20Civil.pdf>>.

STUART, Madden. **Exploring tort law**. New York: Cambridge University Press, 2005.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Consulta Jurisprudencial**. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 10 jan. 2013.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. **Consulta Jurisprudencial**. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/site/jurisprudencia/>>. Acesso em: 10 jan. 2013.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARANÁ. **Consulta Jurisprudencial**. Disponível em: <<http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/>>. Acesso em: 10 jan. 2013.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO. **Consulta Jurisprudencial**. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/scripts/weblink.mgw?MGWLPN=DIGITAL1A&LAB=XJRPxWEB&PGM=WEBJRP101&PORTAL=1>>. Acesso em: 10 jan. 2013.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA. **Consulta Jurisprudencial**. Disponível em: <<http://app.tjsc.jus.br/jurisprudencia/>>. Acesso em: 10 jan. 2013.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. **Consulta Jurisprudencial**. Disponível em: <<http://esaj.tj.sp.gov.br/cjsg/consultaCompleta.do>>. Acesso em: 10 jan. 2013.